

Die fehlerhafte Personengesellschaft

**Ihre Anerkennung als berichtigungsbedürftiges
Schuld- und Organisationsverhältnis**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Günter Beckmann

aus Düsseldorf

1 9 6 3

Die fehlerhafte Personengesellschaft

**Ihre Anerkennung als berichtigungsbedürftiges
Schuld- und Organisationsverhältnis**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der **Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät**
der **Albert - Ludwigs - Universität Freiburg im Breisgau**

vorgelegt von



Günter Beckmann

aus **Düsseldorf**

1 9 6 3

Dekan: Prof. Dr. Konrad Hesse

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Rittner

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst von Caemmerer

Tag der mündlichen Prüfung: 16./17. Dezember 1963

G l i e d e r u n g

	Seite
<u>Einführung:</u>	
1. Das Problem der fehlerhaften Gesellschaft.	1
2. Die praktische Lösung des Problems in Lehre und Rechtsprechung.	7
3. Die rechtstheoretischen und rechtsdogma- tischen Begründungen.	16
4. Die ähnliche Problematik beim fehlerhaf- ten Arbeitsverhältnis.	29
 <u>1. Teil:</u>	
Das rechtstheoretische und rechtsdog- matische Problem der fehlerhaften Ge- sellschaft.	
1. Die Frage als Lückenproblem.	33
a) Die Möglichkeit einer verdeckten Ge- setzeslücke.	34
b) Indizien für das Vorliegen einer Ge- setzeslücke. §§ 145 ff BGB, §§ 275 ff und 323 ff BGB, Protokolle zum BGB Bd.I S. 107, § 346 Satz 2 BGB.	36
c) Rechtshistorische und rechtssystemati- sche Gründe für die gesetzliche Rege- lung der Personengesellschaften.	40
2. Die Behandlung der fehlerhaften Ver- kehrsgeschäfte.	44
a) Die Bedeutung der §§ 812 ff BGB für das fehlerhafte Verkehrsgeschäft.	45
b) Die Entstehung besonderer Verhaltens- pflichten trotz Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts.	47
c) Die Unmöglichkeit einer abgetrennten "Anerkennung" des fehlerhaften Ver- kehrsgeschäfts für den Zeitraum der Vergangenheit.	50
3. Die Rechtsgestalt der fehlerfreien Per- sonengesellschaft.	52

4. Das Moment der Verantwortung bei der rechtsgeschäftlichen Betätigung.	
a) Ablehnung der auf das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Dritten bezogenen Begründungen.	58
b) Die Beziehungen im Innenverhältnis und die Möglichkeit ihrer rechtlichen Wertung.	60
c) Nachweis veränderter Rechtsanschauungen über die Verantwortlichkeit des Einzelnen in der Gemeinschaft.	65
5. Die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis und ihre Grenzen.	
a) Gründe für die Anerkennung.	
aa. Tatsächliche Inanspruchnahme der Gemeinschaft.	69
bb. Vermeidung von Abwicklungsschwierigkeiten.	73
cc. Schutz des Vertrauens auf den Bestand der Gesellschaft.	73
b) Zusammenfassung der rechtstheoretischen Grundlagen.	74
c) Grenzen für die Anerkennung.	
aa. Die Fälle des Gesetzes- und Sittenverstoßes.	76
bb. Die Fälle der ungenehmigten Beteiligung nicht voll geschäftsfähiger Personen.	77
d) Das Erfordernis der Berichtigung des Schuldverhältnisses.	78
6. Die Feststellung der in der fehlerhaften Gesellschaft geltenden Ordnung.	
a) Der Vertragsfehler und die Bedeutung des objektiven Zwecks des Gesellschaftsverhältnisses.	81

	Seite
b) Die Berücksichtigung des Vertrauens der Mitgesellschafter auf den Bestand der vertraglichen Vereinbarungen.	86
7. Zusammenfassende rechtstheoretische und rechtsdogmatische Einordnung des Problems.	91
 <u>2. Teil:</u> Die Rechtsverhältnisse in der fehlerhaften Gesellschaft im einzelnen.	
1. Abschnitt: Die Voraussetzungen für die Annahme einer "fehlerhaften Gesellschaft".	
1. Bewußter Zusammenschluß.	98
2. Vollzug.	99
2. Abschnitt: Die Beschränkung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen	103
1. Die Geltendmachung des Vertragsfehlers.	
a) Die Voraussetzungen für die Geltendmachung.	104
b) Die Form der Geltendmachung.	106
2. Die fehlerhafte Gesellschaft bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers.	108
3. Die fehlerfreie Gesellschaft nach Geltendmachung des Vertragsfehlers.	
a) Die Auseinandersetzung.	110
b) Das Recht auf Rückforderung der Einlage und auf Verweigerung der Beiträge.	113
c) Die besondere Berichtigung der Kapitalkonten.	117
d) Die Berücksichtigung von Schadensersatzansprüchen.	118

3. Abschnitt: Der verschiedene Inhalt des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses je nach der Art des Vertragsfehlers.

1. Formfehler.

- a) Die verschiedenen rechtspolitischen Zwecke von Formvorschriften. 119
- b) Formgebote im Interesse der Allgemeinheit oder im Interesse aller Beteiligten. 121
- c) Formgebote im Interesse einzelner Beteiligter vor Erbringung der fraglichen Leistung. 123
- d) Ablehnung einer subsidiären Geld-einzahlungspflicht. 125
- e) Die Abänderung der vom Formfehler nicht betroffenen vertraglichen Vereinbarungen. 126
- f) Formgebote im Interesse einzelner Beteiligter nach Erbringung der fraglichen Leistung. 130
- g) Zusammenfassung. 133

2. Unmöglichkeit im Sinne von § 306 BGB.

- a) Tatsächliche Unmöglichkeit. 134
- b) Rechtliche Unmöglichkeit. 138
- c) Zusammenfassung. 140

3. Dissens. 140

4. Irrtum. 146

5. Arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung und diesen Fehlern ähnliche Fälle der §§ 134, 138 BGB

- a) Die Berücksichtigung der besonderen Schutzinteressen des Benachteiligten in zweigliedrigen Gesellschaften. 152
- b) Die Möglichkeit der Gleichbehandlung der untersuchten Vertragsfehler. 155

	Seite
. c) Grundsätze für die Behandlung mehr- gliedriger Gesellschaften.	156
d) Zusammenfassung.	158
6. Unbewußter Verstoß gegen Verbotsgesetze schwächerer Art.	159
7. Ungenehmigte Beteiligung von nicht voll geschäftsfähigen Personen.	
a) Ablehnung eines vollen Einschlusses des nicht voll Geschäftsfähigen.	162
b) Das Wahlrecht des nicht voll Geschäftsfähigen. Ablehnung einer Zubilligung reiner Abfindungsansprüche oder einer Beschränkung auf Bereicherungs- und Arbeitsvergütungsansprüche.	164
c) Zusammenfassung.	169

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s .

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien, Dissertationen
und Abhandlungen.

- Ambos Zur rechtlichen Anerkennung der sogenannten faktischen Gesellschaft in der höchststrichterlichen Rechtsprechung und dem Schrifttum der letzten zwei Jahrzehnte. Diss. Mainz 1957.
- Ballerstedt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, in AcP 151 (1950/1951) S. 501 ff.
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, 15. Aufl. München u. Berlin 1962.
- Beitzke Wichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Heft 9 der Reihe "Recht und Zeit", Schloß Bleckede-Elbe 1948.
(Zit.: Beitzke).
- Betti Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse, in Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann (1956) Bd.I, Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956 S. 253 ff.
- v. Caemmerer Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel Bd.I, Tübingen 1954 S. 333 ff.
- Diedtmann Das faktische Gesellschaftsverhältnis. Diss. Tübingen 1957.
- Dölle Außergesetzliche Schuldspflichten, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 103 (1943) S. 67 ff.
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch.
II. Bd. 1. Hälfte Allgemeine Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932, erläutert von Geiler.
II. Bd. 2. Hälfte §§ 105-177, 335-342, 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932, erläutert von Flechtheim.
- Eichler Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950.

- Engelskirchen Die offene Handelsgesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage und das Recht auf Beitragsverweigerung und Rückgewähr der Einlagen. Diss. Köln 1951.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1. Halbbd. Tübingen 1959, 2. Halbbd. Tübingen 1960.
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung Tübingen 1958.
- Erman Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947. (Zit.: Erman).
- Erman Handkommentar zum BGB, 3. Aufl. Münster 1962.
- Esser Schuldrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1960. (Zit.: Esser SchR).
- Esser Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Frankfurter wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Reihe Bd. 4, Frankfurt a.M. 1940.
- Esser Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", in AcP 157 (1958) S. 86 ff.
- Flume Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in "100 Jahre deutsches Rechtsleben" Bd. 1 S. 135 ff.
- J.v.Gierke Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 8. Aufl. Berlin 1958. (7. Aufl. 1955) (Zit.: J.v.Gierke HandelsR).
- O.v.Gierke Deutsches Privatrecht I. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.
- O.v.Gierke Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.
- Haupt Über faktische Vertragsverhältnisse, Sonderdruck aus Festschrift für Heinrich Siber Bd. II, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 124, 2 Leipzig 1943. (Zit.: Haupt, Festschrift).
- Haupt Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. Tübingen 1944. (Zit.: Haupt GesR).
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. Tübingen 1952, neubearbeitet von Reinhardt (Zit.: Haupt-Reinhardt).

- Heldrich Die Form des Vertrages, in AcP 147 S. 89 - 129.
- Hémarc Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2^e éd., Paris 1926.
- F.v.Hippel Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936
- F.v.Hippel Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, Reihe Recht und Staat Heft 195/196 Tübingen 1957.
- Höltzcke Die Anwendungsfälle der "faktischen Gesellschaft". Unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung und des darin geäußerten Gedankens vom Verkehrs- und Vertrauensschutz zwischen den Gesellschaftern.
Diss. Heidelberg 1960
- Hueck Das Recht der offenen Handelsgesellschaften, 2. Aufl. Berlin 1951.
(Zit.: Hueck OHG).
- Hueck Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft, in AcP 149 (1944) S. 1 ff.
- Hueck Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in Festschrift für Rudolf Hübner, Jena 1935 S. 72 ff.
- Hueck Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften Jahrgang 1944/46 Heft 7.
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl. Bd. I von Hueck, Berlin und Frankfurt 1959.
(Zit.: Hueck-(Nipp.) ArbR I).
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. München und Berlin 1962.
Besonderer Teil, 5. Aufl. München und Berlin 1962.
(Zit.: Larenz SchR I u. SchR II).
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.
(Zit.: Larenz, Methodenlehre).
- Larenz Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, in Iherings Jahrb. Bd. 83 (1933) S. 108 ff.
- Lehmann Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl. Berlin 1963.
(Zit.: Lehmann, Allg.T.).

- Lehmann Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1959.
(Zit.: Lehmann GesR.).
- Lehmann Das "faktische" Vertragsverhältnis, in Iherings Jahrb. Bd. 90 (1942) S. 131 ff.
- Lobedanz Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte. Diss. Rostock 1938.
- Meyer, Herbert Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909.
- Nikisch Arbeitsrecht I. Bd. 3. Aufl. Tübingen 1961
(Zit.: Nikisch ArbR I).
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 22. Aufl. München und Berlin 1963.
- Raiser Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in "100 Jahre deutsches Rechtsleben" Bd. 1 S. 101 ff.
- Ramm Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 4, Karlsruhe 1955.
- Reichsgerichtsräte
Kommentar Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts. 2. Bd. bearbeitet von Weipert, 2. Aufl. Berlin 1950.
(Zit.: Weipert).
- Riezler Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
- Rittner Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, Reihe Recht und Staat Heft 261/262, Tübingen 1962.
- Rittner "Vertragsrecht" im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 11, Tübingen und Göttingen 1961 S. 263 ff.
- Ruland Das Innenverhältnis der nichtigen offenen Handelsgesellschaft. Diss. München 1941.
- Russ Die faktische Gesellschaft in der französischen Rechtsprechung. Diss. Freiburg 1957.
- Schafheutle Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, Abhandlungen zum Bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht 6. Heft, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931.
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 2. Bd. erläutert von Geßler, 4. Aufl. Berlin und Frankfurt 1963.
(Zit.: Schlegelberger-Geßler).

- Schmidt-Rimpler Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in AcP 147, (1941) S. 130 ff.
- Schmidt-Rimpler Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in Festschrift für H.C. Nipperdey (1955), München und Berlin 1955 S. 1 ff.
- Schumann Handelsrecht, Bd. I Handelsstand-Handelsgesellschaft, Wiesbaden, o.J..
- Siebert BGB-System und völkische Ordnung, in Deutsche Rechtswissenschaft 1.Bd.1936 S. 204 ff., Hamburg 1936.
(Zit.: Siebert, BGB-System).
- Siebert Die "faktische" Gesellschaft, in Festschrift für Hedemann, Jena 1938 S. 266 ff.
(Zit.: Siebert, Festschrift).
- Siebert Faktische Vertragsverhältnisse, Schriftenreihe der Jurist.Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 41, Karlsruhe 1958.
(Zit.: Siebert, Fakt.Vertragsverh.).
- Simitis Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt/Main 1957.
(Zit.: Simitis).
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. Stuttgart, Bd. I 1959, Bd.II 1962
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Allgemeiner Teil, erl. von Brändl und Coing, 11. Aufl. Berlin 1957
§ 242 erl. von Weber, 11. Aufl. Berlin 1961.
§§ 705 - 740 (25. Lieferung), erl.von Keßler, 11. Aufl. Berlin 1958.
Recht der Schuldverhältnisse 3.Teil §§ 611 - 882, erl. von Geiler, 10. Aufl. Berlin
Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. Berlin 1930.
- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, München und Berlin 1959.
(Zit.: Sudhoff).
- Thomas Das Problem der faktischen Gesellschaft. Diss. Erlangen 1950.
- Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952.

- Wieacker Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Schriftenreihe der Jurist.Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 3, Karlsruhe 1953.
(Zit.: Wieacker, Sozialmodell).
- Wieacker Willenserklärungen und sozialtypisches Verhalten, in Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 263 ff.
- Wieacker Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft, Weimar 1936.
(Zit.: Wieacker, Societas).
- de Wied Die "faktische" Personengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht. Diss. Köln 1957.
- Wolf, Erik Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 3. Aufl. 1951.
- Würdinger Gesellschaften. 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937.

II. Aufsätze, Besprechungen, Anmerkungen.

- Ballerstedt Besprechung von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, in AcP 157 (1958/59) S. 117 ff.
- Boesebeck Anm. zum Urteil des RG vom 2.8.1943, in DR 1943, 1223 f.
- Buchwald Personengesellschaften ohne Gesellschaftsvertrag ?, in GmbHR 1954, 145 ff.
- v.Caemmerer Preisverstöße und § 817 Satz 2 BGB, in Süddeutsche JZ 1950, 646 ff.
- Fischer Die faktische Gesellschaft, in NJW 1955, 849 ff.
- Fischer Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft, in NJW 1958, 969 ff.
- Fischer Anm. zum Urteil des BGH vom 28.11. 1953, bei LM Nr. 5 zu § 105 HGB.
- Fischer Anm. zum Urteil des BGH vom 12.5. 1954, bei LM Nr. 3 zu § 11 GmbHG.
- Ganßsmüller Einzelfragen zum Recht der Gesellschaften auf mangelnder Grundlage, Betrieb 1955, 257 ff.

Gansemüller	Fehlerhafte Abänderungen von Gesellschaftsverträgen, in NJW 1956, 698 ff.
Gansemüller	Anm. zum Urteil des BGH vom 30.4.1955, in NJW 1955, 1067 ff.
Haupt	Anm. zum Urteil des OLG Danzig vom 4. 12.1942, in ZAKdR 1943, 238 f.
Hoeniger	Zur Struktur des Gesellschaftsbegriffes, Nachwort zu Schafheutle, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931.
Kuhn	Das Problem der Gründungs- und Beitrittsmängel bei Personalgesellschaften, in JR 1951, 513 ff.
Larenz	Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, in NJW 1956, 1897.
Larenz	Besprechung von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, in NJW 1958, 862.
Larenz	Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, in NJW 1963, 737 ff.
Lehmann	Faktische Vertragsverhältnisse, in NJW 1958, 1 ff.
Nipperdey	Faktische Vertragsverhältnisse ?, in MDR 1957, 129.
Nipperdey	Anm. zum Urteil des BGH vom 30.4.1955, in MDR 1955, 667.
Raiser	Anm. zum Urteil des BGH vom 14.6.1951, in JZ 1951, 718 f.
Ramm	Besprechung von Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, in AcP 160 (1961) S. 74 ff.
Russ	Anm. zum Urteil des OLG Freiburg vom 7.11.1946, in BB 1958, 645 ff.
Schumann	Faktische Personalgesellschaft und Feststellungsklage, in DR 1943, 265 ff.
Schumann	Die Lebensverhältnisse der faktischen Personengesellschaft, in DR 1943, 1193 ff.
Siebert	Zur atypischen stillen Gesellschaft, in NJW 1953, 806 f.
Siebert	Die faktische Innengesellschaft, in BB 1958, 1065 ff.

Siebert	Anm. zum Urteil des BGH vom 24.10.1951, in MDR 1952, 287 f.
Wolff, Helmuth	Die faktische Gesellschaft, in MDR 1952, 535 ff.
Wolff, Helmuth	Über faktische Vertragsverhältnisse, in NJW 1953, 1250 ff.
Wolff, Helmuth	Anm. zum Urteil des BGH vom 24.10.1951, in NJW 1952, 500.

Anmerkung: Aus Dissertationen wird mit dem Namen des Verfassers und der Seitenzahl, aus Aufsätzen und Anmerkungen nur mit dem Namen des Verfassers und der Fundstelle zitiert.

E i n f ü h r u n g

1. Das Problem der fehlerhaften Gesellschaft.

Die Problematik der fehlerhaften vollzogenen Personengesellschaften ist bis heute nicht geklärt. Darüber darf auch die allseitige Verwendung des - im übrigen immer häufiger als irreführend gekennzeichneten¹⁾ - Begriffs "faktische Gesellschaft" nicht hinwegtäuschen. Sieht man auf das praktische Ergebnis, so besteht allerdings darüber Einigkeit, daß die Rechtsverhältnisse zwischen Personen, die an einer in Vollzug gesetzten, auf mangelhafter Vertragsgrundlage beruhenden Personengesellschaft beteiligt sind, eine vom Regelrecht abweichende Sonderlösung erfordern.²⁾ Die Nichtigkeitsfolgen des BGB, Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses von Anfang an und Abwicklung nach Bereicherungsrecht, werden allgemein als nicht sachgerecht bezeichnet. Welche Rechtsfolgen jedoch statt dessen gelten sollen, insbesondere ob und vor allem wie weit Gesellschaftsrecht angewendet werden kann, ist noch immer umstritten.

Die besondere Schwierigkeit dieser Probleme besteht darin, daß nach unserem Gesetz überhaupt jede Anwendung von Gesellschaftsrecht ausgeschlossen zu sein scheint, das Gesetz selbst also, stellt man die Richtigkeit einer Lösung

- 1) Mit besonderer Betonung Schultze v. Lasaulx bei Soergel-Siebert Anm. 57 zu § 705 BGB: "Werft das Scheusal in die Wolfsschlucht!" Die Kritik bezieht sich vor allem darauf, daß durch Verwendung dieses Begriffs der Eindruck entsteht, als erkenne man allgemein eine Kategorie der "faktischen Vertragsverhältnisse" an. Das wird jedoch von der herrschenden Lehre, damit der Kritik Lehmanns an Haupt (vgl. Iherings Jb. 90 (1942) S. 131 ff.) folgend, abgelehnt. Vgl. u.a. Staudinger-Coing Anm. 75 Einl. vor §§ 104 ff. BGB; Esser AcP 157, 88.
- 2) Das wird heute kaum noch bestritten. Eine Ausnahme macht Wolff in NJW 1952, 500; MDR 1952, 535; NJW 1953, 1250.

der Fälle nach Bereicherungsrecht in Frage, daraufhin geprüft werden muß, ob es vollständig und verbindlich ist oder ob es lückenhaft bzw. wenigstens umgestaltungsfähig ist. Das wiederum kann nicht beantwortet werden, solange nicht in den grundsätzlichen Fragen der Gesetzeslücke, der Lückenausfüllung und der Rechtsfortbildung ein Standpunkt bezogen worden ist.

Der Beantwortung der praktischen Fragen hat deshalb eine rechtstheoretische und rechtsdogmatische Grundlegung vorauszugehen. Ausgehend von den praktischen Fällen bedarf es der Untersuchung, ob eine Rechtsfindung praeter oder contra legem zulässig und erforderlich ist. Es bedarf der Aufdeckung der für die fehlerhafte Gesellschaft zutreffenden materialen Ordnungsgesichtspunkte und damit einer rechtstheoretischen Analyse und Eingrenzung der Rechtskomplexe und Rechtsinstitute, die nicht miteinander vereinbar scheinen, des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses auf der einen Seite und der Rechtsgeschäftslehre und des Abwicklungsrechts des BGB auf der anderen Seite. Erst aus diesen Erkenntnissen kann die Gesamtkonzeption einer Lösung für die fehlerhafte Gesellschaft gestaltet werden, die ihrerseits die Grundlage für die Lösung der umstrittenen Einzelfragen bildet. Zwar ist diese Arbeit bereits mehrfach unternommen worden, von einer herrschenden Ansicht vor allem bezüglich der tragenden materialen Ordnungsgesichtspunkte kann jedoch nicht gesprochen werden ¹⁾.

Aus der gegebenen Kennzeichnung folgen drei Aspekte unseres Problems, die wir auch bei der Wiedergabe und Würdigung der bisher in Lehre und Rechtsprechung gegebenen Lösungen zu unterscheiden haben werden:

- 1) Vgl. Baumbach-Duden, Anm. 8 Bz. § 105 HGB: "Die Anerkennung der "faktischen" Gesellschaft ist heute feste Rechtsprechung, obwohl ihr Leitgedanke noch nicht völlig klar ist: Mehrere Überlegungen kommen zusammen: Schutz des Vertrauens der Gesellschafter auf den Bestand der Gesellschaft (ähnlich der Verwirkungslehre), andererseits Angemessenheit ihrer Belastung mit den Folgen ihres Handelns als Gesellschafter (ähnlich einer Gefährdungshaftung), wie ... im Verhältnis zu Dritten, Schwierigkeit, das vielfältige Wirken der Scheingesellschafter und dessen weitere Auswirkungen (z.B. die Besteuerung der einzelnen Gesellschafter) rückgängig zu machen (Störung der öffentlichen kaufmännischen Ordnung?, "Verkehrsschutz", "Anerkennung von Rechtstatsachen")."

1. die Frage nach den praktischen Falllösungen, insbesondere danach, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang auch auf die fehlerhafte Gesellschaft Gesellschaftsrecht anzuwenden ist,
2. die Frage nach den Sachgründen, d.h. den materialen Ordnungsgesichtspunkten für die Sonderlösung und
3. die rechtsdogmatische Frage nach der Einordnung der Lösung in unser Rechtssystem, insbesondere die Frage der Vereinbarkeit mit der Lehre vom Rechtsgeschäft.

Ist die fehlerhafte Gesellschaft auch immer wieder und zu Recht Gegenstand rechtstheoretischer und rechtsdogmatischer Erörterungen gewesen, so darf darüber nicht vergessen werden, daß es sich zunächst um ein Problem der Falllösung handelt. Der Fall und die praktischen Lösungsfragen müssen umso mehr Ausgangspunkt und Material für die Untersuchung sein, als es sich auf der einen Seite um ein klar begrenztes Gebiet handelt, auf der anderen Seite aber um Rechtsverhältnisse, die nicht nur der inhaltlichen Einzelregelung, sondern der Struktur nach äußerst vielgestaltig sein können. Will man bei der Lösung zu einer Gesamtkonzeption kommen, die diesen möglichen strukturellen Verschiedenheiten Rechnung trägt, so ist es erforderlich, sich zu allererst einerseits über die Begrenzung der praktischen Probleme und andererseits über die Weite der Möglichkeiten und damit auch über die Möglichkeit von allgemeinen Differenzierungen und die Bildung von Fallgruppen Klarheit zu verschaffen.

Die umstrittenen Fragen betreffen nur die Rechtsverhältnisse im Innenverhältnis der vollzogenen fehlerhaften Personengesellschaften. Ist eine fehlerhafte Gesellschaft, sei es eine fehlerhafte Handelsgesellschaft oder eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft, nach außen in Erscheinung getreten, so liegt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre unabhängig von der Anerkennung im Innenverhältnis nach außen eine Scheingesellschaft vor.

Zugunsten gutgläubiger Dritter gilt Vertrauensschutz¹⁾, was für die Handelsgesellschaften aus dem heute gewohnheitsrechtlich geltenden Satz folgt, daß, wer im Handelsverkehr eine öffentliche Erklärung abgibt, sich von gutgläubigen Dritten an dieser Erklärung festhalten lassen muß²⁾. Dieser Gutglaubensschutz würde jedoch –und insofern gehört auch das Außenverhältnis zu unserer Problematik- „überboten“³⁾, soweit die fehlerhafte Gesellschaft als wirksam anerkannt würde. Insoweit käme es dann auf den guten Glauben der Dritten nicht mehr an⁴⁾.

Für die Kapitalgesellschaften besteht unser Problem auch im Innenverhältnis nicht, da hier teils gesetzlich (§§ 218 Abs.2 AktG, 77 Abs.2 GmbHG, 97 Abs.2 GenG), teils gewohnheitsrechtlich⁵⁾ festgelegt ist, daß die Nichtigkeit der Körperschaft auch im Innenverhältnis allenfalls mit Wirkung ex nunc geltend gemacht werden kann. Der Grund für diese Regelung besteht vor allem darin, daß sich die Gesellschaftsgläubiger nur an die Kapitalgrundlage der juristischen Person selbst halten können und die Rückforderung von Einlagen durch Gesellschafter in ihrem Interesse verhindert werden muß⁶⁾. Im Gegensatz zur Rechtslage bei den Personengesellschaften, wo die Gesellschafter grundsätzlich gesamtschuldnerisch persönlich haften (§§ 426 BGB, 128, 161 Abs.2 HGB), erfordert hier der Gläubigerschutz eine Einschränkung der Möglichkeit, Fehler im Innenverhältnis geltend zu machen, ein Unterschied, welcher unseres Erachtens eine Analogie zu dieser Regelung ausschließt⁷⁾.

-
- 1) RGZ 51,33 (39); 89,97 (98 f); 142,98 (102 ff); RG in JW 1933, 1996 (für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft); Hueck OHG S. 30 f und 48 f; Siebert Fakt.Vertragsverh. S. 42 f; Schultze-v.Lasaulx bei Soergel-Siebert Anm. 49 u.60 zu § 705 BGB.
 - 2) Hueck OHG S. 31; Weipert Anm. 73 zu § 105 HGB; RGZ 89, 163 (163 f.); 142,98 (102 ff); 145,155 (159); 164,115 (121); 165,193 (201).
 - 3) Schultze-v.Lasaulx a.a.O. Anm. 60.
 - 4) Hueck OHG S. 49; Schultze-v.Lasaulx a.a.O. Anm. 60
 - 5) Vgl. RGZ 124,279 (287 f); RG in JW 1935,3613. Vgl.ferner RGZ 83,256 (264 f); 88,187 (188); 88,271 (272); 123,102 (106 - 108).
 - 6) Erman S. 7; Siebert Fakt. Vertragsverh. S. 42
 - 7) a.A. Lehmann, NJW 1958, 3.Sp.2; wie hier u.a. Ruland S.47; Larenz Schr II S. 272 (§ 56 VII).

Kehren wir zurück zu der Frage, welcher Art die Fälle der fehlerhaften Personengesellschaften praktisch sein können, so weist schon der Begriff "fehlerhafte Gesellschaft" zwei Oberbegriffe auf, die auf die Fülle der Möglichkeiten hindeuten. Wir verstehen unter einer "fehlerhaften" Gesellschaft eine Gesellschaft, die auf einem fehlerhaften Vertrage beruht. Ein solcher liegt insbesondere vor, wenn der Vertrag gegen eine Formvorschrift verstößt (§ 125 BGB), wenn er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist (§ 306 BGB), wenn ein Dissens über einen wesentlichen Punkt vorliegt, wenn eine Willenserklärung auf einem beachtlichen Irrtum (§§ 119, 120 BGB), einer arglistigen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung beruht (§ 123 BGB), wenn eine Willenserklärung ohne die erforderliche Zustimmung von einem nicht voll Geschäftsfähigen oder von einem Geschäftsunfähigen abgegeben worden ist (§§ 105, 107 ff. BGB) oder wenn der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt.

Den zweiten Hinweis finden wir in dem Begriff "Gesellschaft", worunter wir hier alle Personengesellschaften verstehen, d.h. die bürgerlichrechtliche Gesellschaft, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB, §§ 105 ff., 161 ff., 335 ff. HGB, jeweils mit den entsprechenden Verweisungen).

Sehen wir voraus auf den möglichen Inhalt der Sonderlösung, nämlich Beschränkung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen¹⁾, so erscheint vor allem die Aufteilung nach der Fehlerart des Vertrages von besonderer Bedeutung, da das Gesetz mit jedem Nichtigkeitsgebot - und in Verbindung mit § 142 BGB auch mit jeder Anfechtungsbestimmung - je einen eigenen rechtspolitischen Zweck verfolgt, den es für die Schuldverträge des BGB durch Nichtigkeit des Vertrages und, soweit die Rechtsverhältnisse vollzogen sind, in Verbindung mit dem Rückabwicklungsrecht der §§ 812 ff. BGB

1) Dieser Begriff soll hier die praktische Lösung bezeichnen. Seine Verwendung soll keine Identifizierung mit der "Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen" und ihrem dogmatischen Gehalt bedeuten.

zu erreichen sucht. Nimmt man hinzu, daß sich auch in einer gesetzlichen Nichtigkeitsbestimmung verschiedene jeweils alternativ oder kumulativ zutreffende rechtspolitische Zwecke verbergen können¹⁾, so folgt daraus eine weitere Möglichkeit der Falldifferenzierung, auf die bei der Lösung gegebenenfalls Rücksicht zu nehmen ist.

Auch besteht eine Verschiedenheit der Fälle in der Hinsicht, ob sich der Vertragsfehler auf den ganzen Inhalt des Vertrages oder nur auf einen Teil bezieht. Diese Unterscheidung kann, abgesehen von der Abgrenzung des § 139 BGB, mit dessen positiver Alternative - Vertragsschluß auch ohne den nichtigen Teil - wir es hier nicht zu tun haben, weil dann eine gültige Gesellschaft vorliegt, auch dann noch vorgenommen werden, wenn feststeht, daß die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen hätten. Sie betrifft die Frage, ob die Parteien bei Kenntnis des Fehlers den Gesellschaftsvertrag gar nicht oder anders abgeschlossen hätten.

Des weiteren mag es, soweit die Einschränkung der Nichtigkeit anderen Mitgesellschaftern zugute kommen würde, darauf ankommen, ob diese den Vertragsfehler womöglich selbst herbeigeführt haben, was insbesondere bei der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung von Bedeutung sein wird, ob sie ihn kannten oder nicht kannten, und im letzteren Falle, ob sie ihn grob fahrlässig, fahrlässig oder unverschuldet nicht kannten.

Schließlich könnte eine Differenzierung danach von Bedeutung sein, in welchem Sinne die Beteiligten das Gesellschaftsverhältnis vollzogen haben, ob sie sich an die Abmachungen des fehlerhaften Vertrages gehalten haben und, wenn nicht, ob dieses Abweichen von den Beteiligten gebilligt wurde, etwa einverständlich geschah, oder ob es als

1) Über die verschiedenen rechtspolitischen Zwecke z.B. von Formvorschriften vgl. Heldrich AcP 147, 91-93 und unten S. 119ff; ebenso über die verschiedenen Schutzzwecke der §§ 134, 138 BGB je nach der Art des Verbots oder der Sittenwidrigkeit unten S. 152 ff und 159 ff.

unberechtigtes Verhalten, d.h. als Pflichtverletzung des oder der betreffenden Gesellschafter angesehen wurde.

Die Entwicklung allein dieser als erheblich anzusehenden Unterscheidungs- und Einteilungsgesichtspunkte zeigt, daß eine auch nur annähernd vollständige systematische Darlegung des Stoffes durch konkrete Beispielfälle unmöglich ist, da sich unter den verschiedenen Möglichkeiten schon der Struktur nach eine unübersehbare Zahl von Kombinationen ergeben kann, so daß wir uns für die systematische Fallentwicklung zunächst mit dieser abstrakten Wiedergabe begnügen müssen. Die im Folgenden gegebenen Beispiele sollen deshalb nicht als Musterfälle für die fehlerhafte Gesellschaft schlechthin oder auch nur für einen Typ der fehlerhaften Gesellschaft verstanden werden, sondern sind nicht mehr als Möglichkeiten der Fallgestaltung. Der praktische Fall kann immer nur Einzelbeispiel sein. Für die Ableitung allgemeiner Regeln aus einer für gerecht angesehenen Einzelfalllösung ergibt sich damit das Gebot, in besonderem Maße die Zulässigkeit der Verallgemeinerung erst im Hinblick auf die Vielzahl der im Allgemeinbegriff beschlossenen Möglichkeiten zu prüfen.

2. Die praktische Lösung des Problems in Lehre und Rechtsprechung.

Zur Einführung in die praktischen Probleme, die sich bei der Bearbeitung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse ergeben, soll ein Fall dienen, den der Bundesgerichtshof im Jahre 1951 zu entscheiden hatte ¹⁾.

A und B schlossen im Jahre 1940 zum Betriebe einer Konservenfabrik einen Kommanditgesellschaftsvertrag. In der Folgezeit betrieben die Gesellschafter mehrere Jahre lang gemeinsam das Unternehmen und hielten sich dabei an die

1) BGHZ 3, 285

getroffenen Vereinbarungen. Erst nachträglich stellte sich heraus, daß über eine wesentliche Bestimmung des Vertrages, die die Kündigung und Liquidation der Gesellschaft zum Gegenstand hatte, in Wirklichkeit zwischen A und B keine Einigkeit erzielt worden war. Es steht fest, daß der Gesellschaftsvertrag ohne eine Regelung dieser Frage nicht abgeschlossen worden wäre.

Eine strenge Anwendung der BGB-Vorschriften würde zu folgender Lösung führen: Die Vereinbarungen über die Kündigung und die Liquidation sind wegen versteckten Dissenses nichtig. Die Nichtigkeit dieses Teiles des Gesellschaftsvertrages hat nach § 139 BGB die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge, da der Gesellschaftsvertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre. Die Kommanditgesellschaft ist demnach nicht entstanden. Die Beteiligten können die Nichtigkeit jederzeit ohne Klage oder besondere Erklärung geltend machen. Personenrechtlich besteht das gesellschaftliche Treueverhältnis mit seinen besonderen Rechten und Pflichten nicht, es besteht auch kein Rechts- und Pflichtverhältnis bezüglich der Gesellschafteraufgaben, wie insbesondere der Geschäftsführung. Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche kommen höchstens nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag und die unerlaubten Handlungen in Betracht.¹⁾

Die eingebrachten oder durch Geschäfte erworbenen Sachwerte stellen kein Gesellschaftsvermögen dar, sondern stehen zum Teil im Alleineigentum der verschiedenen Beteiligten, gehören ihnen nach Bruchteilen oder stehen gar noch im Eigentum Dritter.²⁾ Dabei ist, soweit man Bruchteilseigentum annimmt, an jedem für die Gesellschaft erworbenen Gegenstande eine gesonderte Bruchteilsgemeinschaft entstanden.

1) Vgl. Erman S.12; Ruland S.38 - 44.

2) Vgl. die eingehende Darstellung bei Ruland, S.4 - 45, der die dinglichen Rechtsverhältnisse sowie die verschiedenen Eigentums-, Bereicherungs- und Ersatzansprüche im einzelnen erörtert. Vgl. ferner die Zusammenfassungen bei Hueck OHG S.50 und Erman S.8.

Schuldrechtlich haben die Veränderungen der dinglichen Rechtsverhältnisse im Verhältnis der Gesellschafter untereinander keinen Bestand, da alle Leistungen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen, alle Gewinnaussahlungen und alle Gehaltsauszahlungen als ohne Rechtsgrund erfolgt anzusehen sind.

Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander bestimmt sich demnach letztlich nach Bereicherungsrecht¹⁾. Das bedeutet, daß das vorhandene Vermögen grundsätzlich nach dem Prinzip der Rückgängigmachung der erfolgten Einzelakte auseinanderzusetzen ist. Es gibt keine Gewinn- und Verlustbeteiligung nach einem allgemein festgelegten Schlüssel, sondern der Grad der Beteiligung des jeweiligen Gesellschafters an dem einzelnen Geschäft ist für die Höhe seiner Gewinnansprüche maßgeblich²⁾. Das gesellschaftsrechtliche Schuld- und Organisationsverhältnis ist nicht entstanden.

Im Gegensatz zu dieser strengen BGB-Lösung kommt der Bundesgerichtshof für den oben dargestellten Fall zu folgenden Ergebnissen:

1. Das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten stellt eine "faktische Gesellschaft" dar³⁾.
2. Zur Geltendmachung der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages ist eine Klage erforderlich. Die Auflösung der faktischen Gesellschaft erfolgt nach § 133 HGB durch Gestaltungsurteil⁴⁾.
3. Nach Rechtskraft des Auflösungsurteils folgt die Abwicklung der Gesellschaft gemäß den §§ 145 ff. HGB, d.h. in Form einer Liquidation⁵⁾.

1) Larenz SchR II S. 271 (§ 56 VII); Hueck OHG S.50; Erman S. 12; Ruland S.23 f. und 55.

2) Vgl. Ruland S. 78 f.; Erman S.8; Ambos S.12.

3) BGHZ 3, 285.

4) a.a.O. (Leitsatz und S. 289).

5) a.a.O. S. 288 f.

4. Die Auseinandersetzung richtet sich materiell nicht nach Bereicherungsgrundsätzen, sondern vollzieht sich "unter Beachtung der rechtlichen Gesichtspunkte, nach denen die Parteien diese Vermögensgemeinschaft zuvor tatsächlich gestaltet hatten"¹⁾, d.h. hier nach dem fehlerhaften Verträge.

Wie sich zwar nicht aus dieser, aber aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.4.1955²⁾ ergibt, reicht die Anerkennung der faktischen Gesellschaft so weit, daß sie "für die zurückliegende Zeit im wesentlichen der rechtsgeschäftlich wirksamen Gesellschaft gleichgestellt wird, sie also für die einzelnen Teilhaber echte obligatorische Verpflichtungen nach Maßgabe ihres -zwar rechtsgeschäftlich unwirksamen oder anfechtbaren- Gesellschaftsvertrages erzeugt"³⁾. Da diese Verpflichtungen den Minderjährigen nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht treffen können, lehnt er das Bestehen einer faktischen Gesellschaft hier ab.

Der Bundesgerichtshof hat mit der erstgenannten und seinen weiteren Entscheidungen zur fehlerhaften Gesellschaft "grundsätzlich"⁴⁾ der vom Reichsgericht durch Urteil vom 5.3.1935 begonnenen⁵⁾ und später fortgesetzten⁶⁾ Anerkennung der "faktischen Gesellschaft" zugestimmt.

Er hat allerdings wesentliche Einschränkungen gemacht. Sie gehen einmal dahin, daß -entgegen der Ansicht des Reichsgerichts⁷⁾- der Nichtigkeitsgrund des Gesellschaftsvertrages als Auflösungsgrund für die faktische Gesellschaft ausreiche, da den Besonderheiten einer in Vollzug gesetzten nichtigen Gesellschaft in vollem Umfange Genüge getan sei, wenn die Wirkung des Nichtigkeitsgrundes im Zeitpunkt des Auflösungsurteils für die Vergangenheit verneint werde⁸⁾.

1) a.a.O. S. 209.

2) BGHZ 17, 160 ff.

3) a.a.O. S. 167.

4) So der BGH selbst, BGHZ 3, 205 (208 oben).

5) JW 1935, 2617.

6) RGZ 165, 193; RG in DR 1941, 1943 und DR 1943, 1221.

7) RG in DR 1941, 1943 und DR 1943, 1221.

8) BGHZ 3, 290 - 292, insbes. S. 292.

Zum anderen macht der Bundesgerichtshof die Einschränkung, daß eine Anerkennung als faktische Gesellschaft dann nicht in Betracht komme, wenn sie mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde¹⁾. Gewichtige Interessen der Allgemeinheit schließen danach grundsätzlich eine Anerkennung der Gesellschaft in den Fällen des gemeinschaftlichen Verstoßes der Gesellschafter gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB) aus²⁾.

Ein Verstoß in diesem Sinne war aber nach Ansicht des Bundesgerichtshofs beispielsweise nicht gegeben in dem Fall, in dem die zur Durchführung eines gesetzlichen Verbots zuständige Konzessionsbehörde die Gesellschafter zeitweilig hatte wirken lassen und sich die Gesellschafter des Verstoßes nicht bewußt gewesen waren³⁾.

Beruhet der Vertragsfehler auf einer arglistigen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung (§ 123 BGB) eines Gesellschafters oder liegt der Tatbestand der Ausbeutung (§ 138 Abs.2 BGB) vor, so ist die faktische Gesellschaft grundsätzlich anzuerkennen⁴⁾. Der Betroffene hat das Recht auf Auflösung mit Auseinandersetzung und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche (§§ 823 Abs.2, 826 BGB)⁵⁾. Ermöglichen jedoch solche in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellende Schadensersatzansprüche keinen genügenden Ausgleich, was nach Ansicht des Bundesgerichtshofs dann der Fall sein kann, wenn sich ein Gesellschafter durch Täuschung oder Drohung einen überaus günstigen Gewinn- oder Liquidationsanteil hat zugestehen lassen, so bleibt es bei der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Gesellschaftsverhältnisses ex tunc⁶⁾.

Der Fall, daß die Anerkennung des Gesellschaftsverhältnisses in Widerspruch zu überwiegenden Interessen einzelner schutzwürdiger Personen treten würde, liegt nach Ansicht

1) a.a.O. S. 288.

2) BGHZ 13, 323; 17, 166.

3) BGH bei LM Nr. 8 zu § 105 HGB.

4) BGHZ 13, 324; 26, 335.

5) Vgl. auch RGZ 165, 206.

6) BGHZ 13, 323.

des Bundesgerichtshofs ¹⁾ z.B. dann vor, wenn sich ein Minderjähriger ohne die erforderliche Zustimmung an einer Gesellschaft beteiligt hat. Hier könne allenfalls unter den übrigen Gesellschaftern eine faktische Restgesellschaft anerkannt werden.

Sieht man auf die praktischen Ergebnisse, so läßt sich sagen, daß diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitgehend mit den nach 1945 in der Literatur vorgeschlagenen Lösungen ²⁾ übereinstimmt und in den neueren Einzeldarstellungen ³⁾, Lehrbüchern ⁴⁾ und Kommentaren ⁵⁾ grundsätzlich Zustimmung gefunden hat.

Es wird allgemein anerkannt, daß -soweit keine Ausnahmefälle vorliegen, insbesondere kein Fall der §§ 134, 138 BGB ⁶⁾ oder der mangelnden Geschäftsfähigkeit- der Vertragsfehler bei den vollzogenen Handelsgesellschaften durch eine Auflösungsklage geltend gemacht werden muß ⁷⁾,

1) BGHZ 17, 160 (166).

2) Hueck OHG S. 49-61; Erman, insbes. S. 73; Beitzke, S. 61-64.

3) Lehmann in NJW 1958, 1 ff.; Fischer in NJW 1955, 849 ff. und NJW 1958, 969 ff.; Siebert, Fakt. Vertragsverh. S. 40-67, insbes. S. 60 ff.; Diedtmann, insbes. S. 47-60; auch Hölitzke, soweit er ein faktisches Gesellschaftsverhältnis annimmt, vgl. S. 76 und 78 ff.

4) Larenz Schr II, S. 269-273 (§ 56 VII), ausdrücklich zustimmend S. 273 a.E.; Esser, Schr S. 718 f. (§ 174,4); Lehmann GesR S. 38 ff. (§ 5 III).

5) Baumbach-Duden, Anm. 8 zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt S. 70 ff.; Weipert, Anm. 73-75 zu § 105 HGB; Schlegelberger-Geßler Anm. 62 zu § 105 HGB; Staudinger-Keßler, Anm. 81-135, insbes. 116 ff. zu § 705 BGB; Soergel-Siebert-Hefermehl, Anm. 27 vor § 116 BGB und Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx Anm. 48-79 zu § 705 BGB.

6) Allein Beitzke, S. 63, will auch in den Fällen der §§ 134, 138 BGB das Gesellschaftsverhältnis anerkennen.

7) Hueck OHG S. 51 f.; Erman S. 70; Lehmann GesR S. 39 f. (§ 5 III 3); Siebert Fakt. Vertragsverh. S. 35 f.; Baumbach-Duden Anm. 8 H zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt S. 73; Weipert Anm. 73 zu § 105 HGB; Schlegelberger-Geßler Anm. 62 d (S. 1020 f.) zu § 105 HGB; Staudinger-Keßler Anm. 118 zu § 705 BGB (Erfordernis der Kündigung bei der BGB-Gesellschaft); Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx Anm. 67 zu § 705 BGB (für die BGB-Gesellschaft); mit Einschränkung hinsichtlich Klageerfordernis in verschiedenen Fällen Fischer in NJW 1958, 972.

-wobei das Vorliegen des Vertragsfehlers grundsätzlich als Auflösungsgrund genügt-, daß Rechte und Pflichten wie in einer fehlerlosen Gesellschaft bestehen ¹⁾, daß ein einheitliches Gesamthandsvermögen entstanden ist ²⁾ und daß die Auseinandersetzung nach den Regeln der §§ 145 ff. HGB erfolgt ³⁾.

Es bestehen in der praktischen Lösung jedoch auch wichtige Unterschiede, und zwar nicht nur in Einzelfragen, sondern auch in einem grundsätzlichen Punkte, der allerdings bisher trotz seiner unseres Erachtens entscheidenden Bedeutung nicht in den Mittelpunkt der Erörterungen gestellt worden ist. Er betrifft die Frage, worin die Ordnungsgrundlage für den Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses während der Dauer des Vollzuges und für die Auseinandersetzung zu sehen ist.

Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage in seinem Urteil vom 12. Mai 1954 ⁴⁾ Stellung genommen, allerdings ohne seine Entscheidung auf die Ausführungen in dieser Frage zu stützen. Dort heißt es, eine Anerkennung der Gesellschaft sei wegen einer dadurch entstehenden Verletzung schutzwürdiger Interessen der Betroffenen dann ausgeschlossen, wenn bei arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung ein in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellender Schadensersatzanspruch dem Getäuschten oder

- 1) Hueck OHG S.57 f.; Erman S.73,78 und 88 f.; Lehmann GesR S.40 (§ 5 III 3); Siebert Fakt.Vertragsverh.S.60; Fischer in NJW 1958, 971; Baumbach-Duden Anm.8 F zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt S. 75 u.76; Weipert Anm.73 zu § 105 HGB; Schlegelberger-Geßler Anm.62c (S.1020) zu § 105 HGB; Staudinger-Keßler Anm. 118 zu § 705 BGB; Soergel-Siebert-Schultze-v.Lasaulx Anm. 78 zu § 705 BGB.
- 2) Hueck OHG S.59 f., ausdrücklich S.60; Erman S.73; Lehmann GesR. S.40 (§ 5 III 3); Siebert Fakt.Vertragsverh. S.59, wenn auch nicht ausdrücklich; Fischer in NJW 1958 S. 972; Baumbach-Duden Anm.8 B, F und H zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt S.73; Weipert Anm. 73 zu § 105 HGB; Schlegelberger-Geßler Anm. 62c u. 62e zu § 105 HGB; Staudinger-Keßler Anm. 120 zu § 705 BGB.
- 3) Hueck OHG S.59 f.; Erman S.57 u.73; Lehmann GesR S.40; Siebert Fakt.Vertragsverh. S.59; Baumbach-Duden Anm.8 H zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt S.73 u.77; Weipert Anm. 73 zu § 105 HGB; Schlegelberger-Geßler Anm. 62e (S.1021) zu § 105 HGB; Staudinger-Keßler Anm. 120 zu § 705 BGB (entsprechend für die BGB-Gesellschaft); mit Modifizierungen Fischer in NJW 1958, 972.
- 4) BGHZ 13, 323.

Bedrohten keinen genügenden Ausgleich ermögliche. Als Beispiel dafür nennt der Bundesgerichtshof den Fall, daß ein Gesellschafter sich einen überaus günstigen Gewinn- oder Liquidationsanteil zugestehen läßt. Daraus muß entnommen werden, daß der Bundesgerichtshof wie das Reichsgericht ¹⁾ offenbar den fehlerhaften Vertrag einschließlich seiner speziell fehlerbehafteten Teile selbst in den Fällen rechtswidrigen Zustandekommens als Maßstab anerkennt ²⁾. Demgegenüber weist Hueck ³⁾ mit Recht darauf hin, daß Schadensersatzansprüche das Unrecht immer nur zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten auszugleichen vermögen, nicht aber gegenüber weiteren Mitgesellschaftern. Soll es nach Ansicht des Bundesgerichtshofs dann, wenn der Schädiger in solchen Fällen vermögenslos ist und der Getäuschte oder Bedrohte dadurch keinen genügenden Ausgleich erhält, bei der Anfechtung mit Nichtigkeitswirkung ex tunc bleiben? Oder stellt bereits der Schadensersatzanspruch ohne Rücksicht auf seine praktische Durchsetzbarkeit einen "genügenden Ausgleich" dar?

Außerdem ist die Frage nicht auf die Unrechtstatbestände der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung beschränkt. Auch die Nichtigkeitsgebote etwa im Falle der Unmöglichkeit, des Formverstosses oder des Irrtums beruhen auf -wenn auch jeweils verschiedenen- Rechtsgedanken, nach denen das Vereinbarte nicht gelten soll. Das Nichtigkeitsgebot verfolgt also stets einen rechtspolitischen Zweck. Würde man das Vereinbarte trotzdem gelten lassen, so käme auch ein Ausgleich über Schadensersatzansprüche meist nicht in Betracht. ⁴⁾ Wird dem

1) RGZ 165, 205 und 206.

2) Ebenso -zustimmend- die Interpretation des BGH bei Baumbach-Duden Anm. 8 F zu § 105 HGB. Im Gegensatz dazu spricht Fischer, NJW 1958, 971 Sp.1, von einer "allgemeinen Übereinstimmung darin, daß die jeweilige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, der der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund anhaftet, ..., nicht zur Anwendung gelangen kann", ohne die Ansicht des BGH als abweichend zu kennzeichnen.

3) Hueck OHG S. 51

4) Ein Schadensersatzanspruch nach § 122 BGB scheidet aus, da er nur gegen den Anfechtenden gerichtet ist; im Falle der Unmöglichkeit kommt ein Schadensersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 307 BGB in Frage.

rechtspolitischen Zweck dadurch genügt, daß sich der Betroffene für die Zukunft von der Gesellschaft lösen kann?

Wie schon oben ausgeführt, können solche Fragen ohne theoretische Grundlegung nicht geklärt werden, und ihre Beantwortung muß deshalb noch zurückgestellt werden. Hier sollen zunächst nur die vertretenen Lösungen im Ergebnis wiedergegeben werden.

Um eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Betroffenen zu vermeiden, erklärt Hueck die Vereinbarungen, auf denen gerade der Mangel des Gesellschaftsvertrages beruht, für unverbindlich. An ihre Stelle soll eine den besonderen Umständen nach angemessene oder die gesetzliche Regelung treten.¹⁾ Der gleichen Auffassung ist Siebert. Nach seiner Ansicht wird die Lücke durch die gesetzlichen Vorschriften, ergänzende Vertragsauslegung und die Festsetzung des Angemessenen durch den Richter ausgefüllt. Daneben seien die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, Schadensersatzansprüche und die Grundsätze der unzulässigen Rechtsausübung heranzuziehen.²⁾ Erman³⁾ ist der Ansicht, daß, soweit eine fehlerhafte Gesellschaft überhaupt nach Gesellschaftsrecht behandelt werden kann, der Vertrag außer in den Fällen der Formnichtigkeit und bestimmter Fälle des Gesetzesverstoßes im ganzen als maßgebliche Ordnung angesehen werden könne. In den Fällen der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung werde das Unrecht durch Schadensersatzansprüche ausgeglichen, im übrigen, nämlich in den Fällen des Dissenses, des Scherzgeschäftes, des Irrtums, des Verstoßes gegen polizeiliche Verbote, in bestimmten Fällen leichter Sittenwidrigkeit, der Unmöglichkeit und des Irrtums über die Geschäftsgrundlage, erfahre das Nichtigkeitsgebot genügende Beachtung durch seine Auswirkung für die Zukunft. Es könne

1) Hueck OHG S.58.

2) Siebert, Fakt.Vertragsverh. S.60, 63 - 65, insbes. S.64 unten.

3) Erman S.63 - 66.

jedoch auch hier Lückenergänzung und Abänderung der Vertragsregelung zur Vermeidung und Ausgleichung von Ungerechtigkeiten erforderlich sein.¹⁾

Die übrigen vor allem von Fischer²⁾ erörterten Streitpunkte können als Einzelfragen angesehen und ihre Behandlung und Entscheidung im ganzen zurückgestellt werden. Sie betreffen einmal das Problem der Beteiligung nicht voll geschäftsfähiger Personen, sodann die Abgrenzung der gesetz- und sittenwidrigen Gesellschaften, die als von Anfang an nichtig anzusehen sind, ferner die Frage des Klageerfordernisses bei Vertragsfehlern, die auf einem Unrechtstatbestand beruhen, sowie die Anerkennung eines besonderen Beitragsverweigerungs- und Einlagerückforderungsrechts.

Eine im ganzen besonders geartete Lösung gibt Höltzcke, der glaubt, insbesondere auch mit Rücksicht auf Äußerungen des Bundesgerichtshofs die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft allein auf den Gedanken des Gutgläubensschutzes im Innenverhältnis stützen zu können.³⁾ Für ihn kommt damit eine Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft mit den allgemein für möglich gehaltenen Rechtsfolgen nur dann in Betracht, wenn die Gesellschafter oder ihr überwiegender Teil den Vertragsfehler nicht kannten.⁴⁾

3. Die rechtstheoretischen und rechtsdogmatischen Begründungen.

Wenden wir uns nunmehr der Wiedergabe der rechtstheoretischen und rechtsdogmatischen Begründungen für die Beschränkung der Nichtigkeit zu, so zeigt sich, daß sie weit voneinander abweichen.⁵⁾ Wir können am ehesten eine

1) Erman S.73 ff, insbes. S.82.

2) Fischer in NJW 1955 S.849 ff und NJW 1958 S.969 ff.

3) Höltzcke, Einl., insbes. S.II Anm.3.

4) Höltzcke S.61.

5) Simitis, S.226, spricht von einer "überraschenden Mannigfaltigkeit von Überlegungen und Beweggründen".

Übersicht über die vertretenen Auffassungen gewinnen, wenn wir eine Einteilung nach der rechtsdogmatischen Seite vornehmen, d.h. danach, wie die verschiedenen Autoren entgegen dem Gesetz, das einen fehlerlosen Vertrag vorauszusetzen scheint, auch bei Fehlerhaftigkeit zur Anwendung von Gesellschaftsrecht kommen. Es sind drei Gruppen zu unterscheiden.

Die erste Gruppe ist der Auffassung, daß alle Gesellschaftsverhältnisse -und damit die Anwendung von Gesellschaftsrechtsgrundsätzlich nicht auf übereinstimmenden Willenserklärungen beruhen, die dem Nichtigkeits- und Anfechtungsrecht des BGB unterliegen, sondern auf anderen Grundlagen, nämlich auf der Gestaltungskraft des tatsächlich bestehenden Unternehmens -so Siebert in seinen Schriften von 1936 und 1938 ¹⁾- oder auf einer der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre nicht unterstehenden eigenartigen sozialrechtlichen Willenserklärung -so Julius von Gierke ²⁾ im Anschluß an Otto von Gierke ³⁾ und dessen "Lehre vom sozialrechtlichen Konstitutivakt", die sich aber bei Otto von Gierke nur auf rechtsfähige Körperschaften bezog. Diese Auffassung ist demnach dadurch gekennzeichnet, daß sie das Gesellschaftsrecht -und zwar auch das Recht der Personengesellschaften- als Sonderkomplex aus dem allgemeinen Schuldrecht herausnimmt und eigenen Regeln unterstellt.

Die zweite Gruppe -vor allem Haupt, im Anschluß daran Schumann in DR 1943, 265 ff. und 1193 ff., heute grundsätzlich noch Simitis- vertritt die Lehre von der faktischen Gesellschaft in dem Sinne, den Haupt diesem Begriffe geben wollte, während heute im weiteren Sinne auch die früher von Siebert vertretene Ansicht unter diesen Begriff gebracht wird ⁴⁾. Sie besagt, daß eine Gesellschaft zwar, wie es das Gesetz vorsieht, in der Regel auf einem Vertrage

1) Siebert, BGB-System S. 204 ff.; Festschrift S. 266 ff.

2) J.v.Gierke, HandelsR S. 170 - 175 (§ 29) und 190 - 193 (§ 32 II).

3) O.v.Gierke, Genossenschaftstheorie S. 132 ff. und Privatrecht Bd.I S. 483 ff., insbes. S. 486.

4) z.B. Siebert selbst in Fakt. Vertragsverh. S. 46.

beruhe, daß daneben aber auch die rein tatsächliche Verwirklichung der gesellschaftsrechtlichen Zweckgemeinschaft stark genug sei, um die Anwendung von Gesellschaftsrecht zu begründen.¹⁾ Neben dem rechtsgeschäftlichen Vertrags-schluß müsse auch der Vorgang des faktischen Zustandekommens als selbständiger Begründungstatbestand anerkannt werden.²⁾

Im Gegensatz zu diesen Auffassungen steht die Ansicht der dritten Gruppe, die die "Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen"³⁾ vertritt - Hauptvertreter: Hueck, Erman, Beitzke, Lobedanz, Ruland, Reinhardt. Danach setzt die Entstehung einer gültigen Gesellschaft immer einen gültigen Vertrag voraus. Im Interesse einer sachgerechten Abwicklung sind jedoch Gesellschaftsverhältnisse, die auf mangelhafter Grundlage vollzogen worden sind, häufig nicht als von Anfang an nichtig anzusehen, sondern teilweise jeweils entsprechend der Interessenlage nach Gesellschaftsrecht zu behandeln.⁴⁾ Bei diesen Fällen handele es sich jedoch nur um "kranke" Ausnahmefälle, die keine grundsätzliche Durchbrechung der Rechtsgeschäftslehre rechtfertigten.⁵⁾

Die Rechtsprechung hat dogmatisch nicht klar Stellung genommen. Zwar bekennen sich sowohl das Reichsgericht⁶⁾ als auch der Bundesgerichtshof⁷⁾ zu dem Begriff der "faktischen Gesellschaft", ohne aber damit wohl eine dogmatische Einordnung vornehmen zu wollen.

Welches sind nun die materialen Ordnungsgesichtspunkte, die eigentlichen Sachgründe, die Siebert und J.v.Gierke zu einer Ausgliederung des Gesellschaftsrechts aus dem allgemeinen Schuldrecht, Haupt, Schumann und Simitis

1) Haupt, Fakt.Vertragsverh. S.16 ff insbes. S.18 u.GesR S.24 ff; vgl. ferner Schumann aaO. und Simitis S.107 - 262, insbes.S.232 f.

2) Haupt Fakt.Vertragsverh. S.29.

3) Vgl. den Begriff bei Erman S.53 ff und Haupt-Reinhardt S.70 ff.

4) Hueck OHG, insbes. S.45.

5) Erman S.13, 46 ff, 52; Haupt-Reinhardt S.70.

6) Ab RGZ 165, 195.

7) Ab BGHZ 3, 285.

zur Anerkennung des tatsächlichen Vollzuges als eigenen Entstehungsgrund der Gesellschaft und die übrigen genannten Autoren zur Beschränkung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen berechtigen sollen?

Siebert sah es in seinen Studien aus den Jahren 1936 und 1938 als eine Aufgabe der Rechtswissenschaft an, an die Stelle der allgemeinen Teile und Rechtsbegriffe des BGB, die ihm als Ausdruck einer lebensfremden, abstrakten Systematik erschienen¹⁾, das Recht zu setzen, das in bestimmten Ordnungen und Gemeinschaften der Volksgemeinschaft gewachsen sei und wachse²⁾, im Falle der Gesellschaft die Gemeinschaftsordnung des Unternehmens. Für die Anwendung von Gesellschaftsrecht komme es allein auf das Bestehen des Unternehmens an, welches der "lebendige Organismus" sei, "in dem unter der Führung des Unternehmers die Beschäftigten mit einem organisierten Bestand von sachlichen und immateriellen Arbeitsmitteln eine von dem Unternehmer übernommene Funktion für die Gemeinschaft vollzögen."³⁾ Der Vertrag könne nur zu bestimmten einzelnen Leistungen und zum Austausch einzelner Güter berechtigen und verpflichten, könne allein aber keine besondere Gemeinschaftsordnung wie die gesellschaftliche begründen und sei dazu auch nicht erforderlich.⁴⁾ Die Geltung der Gemeinschaftsordnung ergebe sich allein aus der körperchaftlichen Schöpfungshandlung⁵⁾, die in dem tatsächlichen Zusammenwirken liege, und aus der Schaffung des Unternehmens, das "seine Rechtfertigung und seine Aufgaben aus der Gliedstellung in der völkischen Wirtschaft empfängt und dem Volke dient"⁶⁾. Die Ordnung sei gekennzeichnet durch die Erfassung der Beteiligten unmittelbar in ihrer Persönlichkeit, sie sei eine "personenrechtliche"⁷⁾. Sie sei "Gesamtcausa" der Rechte und

1) Siebert, BGB-System S.204.

2) aaO. S.205.

3) aaO. S.225.

4) aaO. S.248.

5) Festschrift S.270.

6) BGB-System S.259.

7) aaO. S.249 u. 251.

Pflichten, die zwar durch einzelne Vereinbarungen näher gestaltet werden könnten, durch deren Fehlen aber nicht berührt würden ¹⁾.

Später ist Siebert von dem Begriff des Unternehmens als völkische Teilgemeinschaft und seiner Gestaltungskraft abgerückt und hat die Begründung entscheidend auf die personenrechtliche Zusammenarbeit abgestellt ²⁾. Er betont daneben aber weiterhin die "Einheit des Unternehmens" als Rechtsgrundlage, das den "Organismus Gesellschaft" schaffe ³⁾. In der systematischen Begründung geht Siebert vom Begriff des personenrechtlichen Dauerschuldverhältnisses aus, das die Gesellschaft darstelle, und versucht nachzuweisen, daß in unserem Recht allen persönlichen Dauerschuldverhältnissen ein erhöhter Bestandsschutz gewährt werde ⁴⁾. Das rechtfertige es, der zunächst bei soziologischer Betrachtung feststellbaren Eigenkraft der gesellschaftlicher Zusammenarbeit auch in der rechtlichen Bewertung zu entsprechen und die fehlerhafte Gesellschaft bis zu ihrer Auflösung als voll wirksam anzusehen ⁵⁾.

J.v.Gierke ⁶⁾ hält die Vorschriften des BGB über die Willenserklärung für nicht anwendbar auf den Gesellschaftsvertrag, weil sie nach seiner Ansicht reines Individualrecht verkörpern, während die Besonderheiten der Gesellschaftsverhältnisse die Beurteilung nach einem eigenen Sozialrecht erfordern. In Fortführung der Erkenntnisse O.v.Gierkes will er die Sondernormen auf drei deutschrechtliche Prinzipien zurückführen:

1. Das Prinzip der sozialrechtlichen Einigung, die als Erklärung in Bezug auf menschliche Vereinigungen im Gegensatz zu den allgemeinen Willenserklärungen als individualrechtlichen Erklärungen stehe.

1) a.a.O. S. 251.

2) Siebert, Fakt.Vertragsverh. S. 49 Anm. 159.

3) a.a.O.

4) a.a.O. S. 48 - 56.

5) a.a.O. S. 58 f. Zu beachten sind allerdings die Einschränkungen bezüglich der Geltung der fehlerhaften Vertragsbestimmungen, a.a.O. S. 60 ff., vgl. oben S.15.

6) J.v.Gierke, HandelsR S. 170 - 175 und S. 190 - 193.

2. das genossenschaftliche Ordnungsprinzip, das bedeute, daß der Ordnung in der Gesellschaft mit Rücksicht auf den Rechtsverkehr ein besonderer Wert zukomme.
3. Das gesteigerte Offenkundigkeitsprinzip, das bei allen nach außen hervortretenden Gesellschaften gelte und besage, daß -entsprechend dem älteren deutschen Recht- gewisse nach außen hervortretende Tatbestände schlechthin wirkten unabhängig von vorhandenen Mängeln.

Das letztgenannte Prinzip sei für die fehlerhafte Gesellschaft ausschlaggebend. Die Wirkung gehe nach außen, "schlage jedoch auch zurück im Verhältnis der Gesellschafter untereinander" ¹⁾. Maßgebender Grundgedanke sei die Verantwortlichkeit gegenüber der Allgemeinheit. Der einzelne Beteiligte habe auch nach innen für den Bestand einer Vereinigung von Menschen einzustehen, sobald sie "nach außen als ein über die Vereinzelung hinausgehendes, vereinigte Kräfte sichtbar machendes Gebilde" ²⁾ auftrete.

In der praktischen Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft geht J.v.Gierke soweit, im Gegensatz zum Bundesgerichtshof und zur sonst einhelligen Ansicht in der Lehre ³⁾ für die Auflösung das Vorliegen eines besonderen wichtigen Grundes zu verlangen, der objektiv die Fortsetzung als nicht zumutbar erscheinen läßt, wozu nicht jeder noch irgendwie wirksame Vertragsfehler ausreiche. Eine andere Auffassung widerspreche dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß Unternehmungen nach Möglichkeit aufrechterhalten werden sollen und eine wertzerstörende Vernichtung vermieden werden soll ⁴⁾.

Haupt führt zur Begründung der Anerkennung der faktischen Gesellschaft aus, allein die Behandlung nach Gesellschaftsrecht werde den Verhältnissen gerecht und es entspreche auch "der Lage der Dinge", da "trotz der Fehlerhaftigkeit des organisierenden Vertrages ... doch nun einmal ein verbandsrechtlicher Zusammenschluß gebildet, insbesondere bei den

-
- 1) J.v.Gierke HandelsR 7.Aufl. S. 172. In der 8. Aufl. fehlt diese Formulierung.
 - 2) a.a.O. S. 173. Entscheidend sei das "tatsächlich Hervorgebrachte, das Faktische" (8.Aufl. S. 173).
 - 3) Wie J.v.Gierke allerdings Simitis S. 248.
 - 4) J.v.Gierke, HandelsR 8. Aufl. S. 191.

Handelsgesellschaften das Unternehmen durch das Zusammenwirken der Teilhaber errichtet und betrieben"¹⁾ worden sei. Bei Berücksichtigung des sozialen Sinngehalts²⁾ erweise sich bis zur Aufdeckung des Mangels die tatsächliche Verwirklichung der gesellschaftsrechtlichen Zweckgemeinschaft als stark genug, um zunächst die Vereinigung zu tragen und die Anwendung der Vorschriften des Gesellschaftsrechts sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis zu begründen.³⁾ "Die Wirklichkeit ordnet" über den Vertragsschluß hinaus "vielfach die Partner durch den Sachverhalt, durch das Leben, ihren Beruf, ihre Tätigkeit einander zu, mögen sie "wollen" oder nicht"⁴⁾.

Schumann⁵⁾ stimmt in der rechtstheoretischen Begründung mit Haupt überein.⁶⁾ Die faktische Gesellschaft besteht ohne Rücksicht auf einen Vertrag, weil die Beteiligten sie in Vollzug gesetzt haben.⁷⁾ Daraus folgert Schumann ein Ergebnis, das in besonderem Maße seinen rechtstheoretischen Standpunkt verdeutlicht. Für den Inhalt des Rechtsverhältnisses sollen grundsätzlich die tatsächlich geschaffenen Vorgänge maßgeblich sein⁸⁾, da auch die nur tatsächliche Gemeinschaft Kräfte berge, mit deren Hilfe sie ihren Ordnungsbedürfnissen gerecht zu werden vermöge.⁹⁾ Der mangelhafte Gesellschaftsvertrag sei nur insoweit maßgeblich, als das tatsächliche Verhältnis in Übereinstimmung mit seinen Abreden vollzogen worden sei, was allerdings praktisch überwiegend der Fall sein werde.¹⁰⁾

1) Haupt Fakt.Vertragsverh. S.17 f.

2) Haupt, ZAKDR 1943, 238.

3) Haupt Fakt.Vertragsverh. S.18.

4) aaO. S.28.

5) Schumann in DR 1943 265 ff und 1193 ff.

6) Bis er in HandelsR Bd.I (1953) S.220 ff (223); Der Jurist 1953, 209 ff seinen rechtsdogmatischen Ausgangspunkt gewechselt hat und sich der Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen angeschlossen hat.

7) DR 1943, 1195 Sp.2.

8) aaO.

9) aaO. S.1194 Sp.2.

10) aaO. S.1195 Sp.2.

Auch nach Simitis¹⁾ ist allein die Betätigung der Gesellschafter die ausreichende Grundlage für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft. Es gehe um die rechtliche Würdigung dieser Betätigung innerhalb der Rechts- und Wirtschaftsordnung, deren reibungsloses Funktionieren gesichert sein müsse. Dieses Erfordernis verlange in Verbindung mit dem Erfordernis der Festigung und Erhaltung des einmal entstandenen und wirkenden sozialen Verbandes, der Aufrechterhaltung und Sicherung seines Vermögens sowie des Schutzes der gefährdeten, gegenüber dem Individualinteresse wirtschaftlich bedeutungsvolleren, Interessen der Gläubiger und der Mitgesellschafter die Anerkennung der faktischen Gesellschaft als echte Gesellschaft. Zwar bleibe der Gesellschaftsvertrag die primäre, aber nicht die alleinige Entstehungsgrundlage der Gesellschaft.²⁾ Bei richtiger Würdigung aller dieser Überwiegenden auf Erhaltung der Gesellschaft gerichteten Interessen, die den Wandel der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft, nämlich Verdinglichung und Zurücktreten des Individuums³⁾, kennzeichneten, setze eine Auflösung der faktischen Gesellschaft auch stets das Vorliegen eines wichtigen Auflösungsgrundes nach § 133 HGB voraus.⁴⁾

Im Gegensatz zu allen diesen Ansichten verneint die Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen das Vorliegen solch schwerwiegender Unstimmigkeiten zwischen dem im Gesetz niedergelegten Rechtsgeschäftsprinzip und dem Rechtsinstitut der Gesellschaft. Sie hält allein das Abwicklungsrecht des HGB für den Fall der fehlgeschlagenen Gesellschaftsgründung für nicht sachgerecht und begründet die Anwendung von Gesellschaftsrecht auf die fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse dementsprechend mit dem Vorliegen von Abwicklungsschwierigkeiten. Das Problem könne nicht einheitlich durch Annahme des Vor-

1) Simitis S.232 f und 130.

2) aaO. S.233.

3) Vgl. dazu S.130 - 133, insbes. S.130.

4) aaO. S.246f, ausdrücklich S.248 und 249.

handenseins oder Nichtvorhandenseins einer Gesellschaft beantwortet werden. Da es immer nur um die Frage der Anwendbarkeit von Rechtsnormen auf einen bestimmten Sachverhalt gehe, sei es -wie Hueck ausführt ¹⁾- nur natürlich, daß aus der Unanwendbarkeit des gesetzlichen Abwicklungsrechts nicht gleich die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts auf die in Frage stehenden Rechtsverhältnisse folge. Es bedürfe einer sorgfältigen Prüfung, welche Folgen der Mangel des Gesellschaftsvertrages auf der einen Seite, die tatsächliche Invollzugsetzung des mangelhaften Vertrages auf der anderen Seite im einzelnen mit sich bringe. Nur eine sorgfältige Untersuchung der Interessenlage und der Zwecke der gesetzlichen Vorschriften könnten zu einem angemessenen Ergebnis führen ²⁾. Den materialen Grund für die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen sieht Hueck einmal darin, daß die vermögensrechtlichen Unbilligkeiten vermieden werden müßten, die eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht mit sich brächte; denn dabei beruhe es z.B. auf Zufall, wer seinen Beitrag zurückерhalte. Die Arbeitsleistung der geschäftsführenden Gesellschafter würde nicht berücksichtigt und es fehle an jedem Anhaltspunkt für die Verteilung von Gewinn und Verlust ³⁾. Im Interesse der Rechtssicherheit sei eine Auflösungsklage erforderlich.

Als weitere Gründe für die Beschränkung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen nennt Hueck das gemeinsame Interesse der Gesellschafter an der ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte der Gesellschaft ⁴⁾ und der Fortführung des Unternehmens bis zum Erlaß des Auflösungsurteils ⁵⁾. Der entscheidende Zurechnungsgrund für die Annahme von Gesellschafterpflichten sei die Tatsache, daß die Beteiligten -

1) Hueck OHG S.45.

2) a.a.O. S. 45 f.

3) a.a.O. S. 50.

4) a.a.O. S. 52.

5) a.a.O. S. 57.

6) a.a.O. S. 56.

insbesondere auch der, der den Vertragsfehler geltend macht - willentlich die tatsächliche Gemeinschaft ins Leben gerufen hätten.¹⁾ Mit Rücksicht darauf würde eine Berufung auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages gegen Treu und Glauben verstoßen; denn der Betreffende würde sich insoweit in unzulässiger Weise mit seinem bisherigen Verhalten in Widerspruch setzen.²⁾ Bei dieser Begründung stimmt Hueck mit der Ansicht Rulands überein, der auf dem Verbot des venire contra factum proprium und damit auf § 242 BGB die ganze Lösung des Problems der fehlerhaften Gesellschaft aufbauen will.³⁾

Erman will über Hueck hinausgehend⁴⁾ die Frage in einen größeren Rahmen stellen und die Ergebnisse von übergeordneten Gesichtspunkten aus begründen.⁵⁾ Er will nachweisen, daß das Gesetz für die Abwicklung der fehlerhaften Gesellschaften bezüglich der Ordnungsfunktion des Rechts völlig versage und auch der Gerechtigkeitsfunktion nicht nachkomme, was zusammen letztlich den Grund für die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen bilde.⁶⁾ Die Zwecke der Nichtigkeitsgebote, die ihrer Tendenz nach einer Beschränkung entgegenständen, könnten - ausgenommen die Fälle der §§ 134, 138, 117 BGB - auch bei teilweisem oder ganzem Austausch der Ordnung "nichtig" gegen die Ordnung "gültig" für den Zeitraum der Vergangenheit erreicht werden.⁷⁾

Beitzke geht vom Begriff des Dauerschuldverhältnisses aus und stellt fest, daß die Rechtsfolgen, welche das Gesetz an die Nichtigkeit von Dauerschuldverhältnissen knüpft, vielfach nicht genügen, um zu einer befriedigenden Abwicklung "des nun einmal eingeleiteten tatsächlichen Lebensverhältnisses"⁸⁾ zu kommen. So sei im Falle der feh-

1) aaO. S.54, 57 und 58.

2) aaO. S.57.

3) Ruland S.74 f, 84 f; vgl. auch S.43 f und 65.

4) Erman, S.16 f, kritisiert Hueck, Ruland und Lobedanz darin, daß sie zu sehr auf die jeweils berührten Interessen abstellten und ihre Lösung keine Rechtssicherheit biete.

5) Erman S.17.

6) aaO. S.62 f.

7) aaO. S.63 - 66.

8) Beitzke S.14.

lerhaften Gesellschaft wegen des besonders starken personenrechtlichen Einschlages, wegen der Schwierigkeiten der Rückabwicklung, wegen der Stellung Dritter insbesondere als Gläubiger und wegen des Bestrebens des mit der Gesellschaft meist verbundenen Unternehmens nach Aufrechterhaltung der Geltendmachung anfänglicher Nichtigkeit und eine rückwirkende Auflösung ausgeschlossen.¹⁾

Auch Reinhardt charakterisiert die fehlerhafte Gesellschaft als Dauerrechtsverhältnis, für das die "Fiktion einer Rückwirkung" der Fehlerhaftigkeit unpassend sei²⁾ und das deshalb weitgehend unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage und unter stärkster Heranziehung objektiver Gesichtspunkte nach Gesellschaftsrecht abgewickelt werden müsse.³⁾ Das sei auch zulässig, da dem Gesetzgeber nicht daran gelegen sein könne, die Folgen des nun einmal eingetretenen Zusammenwirkens zu gemeinsamem Zweck auf der ganzen Linie zu mißbilligen, solange gegen diesen Zweck selbst vom Standpunkt des Gesetzgebers nichts einzuwenden sei. Es könne nur darauf ankommen, "daß die aus dem Individualinteresse des einzelnen "Gesellschafters" begründete Möglichkeit der Herauslösung aus dem Bande gemeinsam geführter Geschäfte in der für den einzelnen und die übrigen Gesellschafter vernünftigsten Weise" erfolge, was allein bei einer Auflösung mit den Wirkungen der im Gesetz gut durchentwickelten Liquidation der Fall sei.⁴⁾

Im rechtsdogmatischen Ausgangspunkt stimmt auch Lehmann mit der hier wiedergegebenen Lehre überein, insofern er den Gesellschaftsvertrag als Grundlage der Gesellschaft nicht preisgeben will und er eine Sonderlösung nur im Wege der Analogie und Restriktion unter Beachtung der im Gesetz und in der herrschenden Doktrin zum Ausdruck gelangten Werturteile zulassen will.⁵⁾ Für den entscheidenden Ge-

1) Beitzke S.14 f und 61.

2) Haupt-Reinhardt S.73.

3) aaO. S.73 und 75 ff.

4) aaO. S.72 f.

5) Lehmann in NJW 1958, 1 Sp.2.

danken, aus dem heraus sich die "Beschränkung der Nichtigkeitswirkungen und Anfechtungsmöglichkeiten" ¹⁾ auf die Zukunft rechtfertigt, hält Lehmann die Berücksichtigung der tatsächlichen sozialen Bedeutung des geschaffenen Gebildes ²⁾. Mit Rücksicht auf die Betätigung in der Sozialsphäre träten die Bedürfnisse des Verkehrs und der Rechtssicherheit und damit objektive Zweck- und Gerechtigkeitserwägungen in den Vordergrund, die eine Rückwirkung des Vertragsfehlers nicht gestatteten ³⁾.

Wenn die Rechtsprechung sich auch dogmatisch nicht eindeutig festgelegt hat, so hat sie doch für das Abweichen vom Regelrecht ausführliche Begründungen gegeben. Das Reichsgericht hat vor allem der Tatsache Bedeutung beigemessen, daß tatsächlich ein Gemeinschaftsverhältnis geschaffen worden sei, das sich auch im Innenverhältnis auswirkt habe ⁴⁾. Es hat dazu die enge Wechselbeziehung zwischen Innen- und Außenverhältnis hervorgehoben unter Hinweis darauf, daß die Gesellschafter im Außenverhältnis wegen des Schutzbedürfnisses Dritter die Nichtigkeit nicht geltend machen könnten. Es komme hinzu, daß eine Auseinandersetzung nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts, der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Gemeinschaft zu kaum lösbaren Schwierigkeiten komme, zu größter Rechtsverwirrung und zu unbilligen Ergebnissen führen würde ⁵⁾. Außerdem hat das Reichsgericht, was häufig kritisiert worden ist ⁶⁾, eine Begründung darin gesehen, daß Gesellschafter, die eine Gesellschaft in Vollzug gesetzt und es auf sich genommen hätten, von der Außenwelt als Gesellschafter angesehen und behandelt zu werden, damit im Grunde fortlaufend doch zugleich den Willen getätigt hätten, "ihre gegenseitigen Beziehungen für die Dauer des tatsächlichen Vollzugs des Gesellschaftsvertrages als sol-

1) a.a.O. S. 3 Sp.1.

2) Lehmann GesR S. 38 (§ 5 III 1).

3) Lehmann in NJW 1958 S.3 Sp.1.

4) RGZ 165, 193 (205).

5) a.a.O. S. 205 f.

6) z.B. von Haupt, Fakt.Vertragsverh. S. 18 f., Anm. 41.

che aus einem zu Recht bestehenden Gesellschaftsverhältnis angesehen zu wissen" ¹⁾.

Der Bundesgerichtshof sieht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 24.10.1951 als Ausgangspunkt für die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft die "rechtlich erhebliche Tatsache" an, "die in dem Auftreten und der Tätigkeit der Gesellschaft im Rahmen des Handels- und Geschäftsverkehrs zu erblicken ist" ²⁾. Allein die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Gemeinschaftsverhältnisses werde dem Verhalten der Parteien zueinander vom Beginn ihrer gemeinsamen Tätigkeit in der Gesellschaft und ihren darauf fußenden Rechtsbeziehungen gerecht ³⁾. Das bedeute, daß die Abwicklung der fehlerhaften Gesellschaft so zu erfolgen habe wie die einer fehlerlosen ⁴⁾.

Die Anerkennung sei gerechtfertigt, da der tatsächliche Wille der Beteiligten auf die Führung eines gemeinsamen Unternehmens gerichtet gewesen sei ⁵⁾. Insoweit sei auch nicht die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung, sondern die Tatsache der gemeinsamen Werteschaffung für gemeinsame Rechnung der entscheidende Umstand ⁶⁾. Für das Erfordernis der Auflösungsklage seien die Gebote der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit ausschlaggebend ⁷⁾. Bei Berücksichtigung dieser Gründe sei eine Abweichung vom Regelrecht nur soweit gerechtfertigt, wie die auf den Beginn der Geschäftstätigkeit rückwirkende Kraft eines Nichtigkeitsgrundes hier im Rahmen des Gesellschaftsrechts zu unbefriedigenden und unvertretbaren Folgerungen führe. Darunter falle die Frage des Fortbestandes der Gesellschaft in der Zukunft also nicht, weswegen das Vorliegen des Vertragsfehlers grundsätzlich als Auflösungsgrund genügen müsse ⁸⁾. Der Bundesgerichtshof hat seine allgemeine Begründung, daß allein die Anerkennung des geschaffenen Zustandes den

1) RGZ 165, 193 (205).

2) BGHZ 3, 287 f.

3) a.a.O. S. 288.

4) a.a.O. S. 289.

5) BGHZ 11, 191.

6) BGHZ 8, 167.

7) BGHZ 3, 289.

8) a.a.O. S. 291.

Rechtsbeziehungen gerecht werde, inzwischen dadurch vertieft und präzisiert, daß er diese Anerkennung auf den Gedanken des Verkehrsschutzes zurückführt. So sagt er in seiner Entscheidung vom 12.5.1954, die Grundsätze der faktischen Gesellschaft beruhten "auf dem Gedanken des Verkehrsschutzes, auch unter den Gesellschaftern" ¹⁾, und in seiner Entscheidung vom 30.4.1955 stellt er den Interessen des Minderjährigen in der fehlerhaften Gesellschaft die Interessen der Mitgesellschafter im Hinblick auf das Prinzip des Vertrauensschutzes zugunsten der anderen Vertragspartei gegenüber ²⁾.

4. Die ähnliche Problematik beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis.

Die Einführung soll mit einer Betrachtung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden, welches durch eine in gewisser Hinsicht ähnliche Problematik wie das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis gekennzeichnet ist. Haupt hatte geglaubt, neben den Fällen der fehlerhaften Gesellschaft und des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses auch die Fälle des "sozialen Kontaktes", d.h. die Fälle, die heute allein aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß gelöst werden, und die Fälle "sozialer Leistungsverpflichtung", wie etwa Straßenbahnfahrt und Inanspruchnahme eines Versorgungsbetriebs, aus einem einheitlichen Gesichtspunkt lösen zu können, nämlich dem des "faktischen Vertragsverhältnisses". Demgegenüber sehen wir die Lösungsmöglichkeit heute nicht mehr unter einem verbindenden dogmatischen Gesichtspunkt. Dieser scheint uns nur ein negativer zu sein, nämlich das Fehlen eines gültigen Vertrages. Es hat sich heute die zuerst von Lehmann ³⁾ im Anschluß an

1) BGHZ 13, 324.

2) BGHZ 17, 168.

3) Lehmann in Iherings JB Bd. 90 S. 131-144, insbes. S. 140 u. 142. Vgl. dazu heute Esser in AcP 157, 88. Grundsätzlich anders Simitis, der die einheitliche Kategorie des faktischen Vertragsverhältnisses aufrechterhalten will.

die Arbeiten von Siebert und Haupt geäußerte Ansicht durchgesetzt, daß die Lösung der Probleme -ausstattung von Tatbeständen mit vertragsmäßigen oder vertragsähnlichen Wirkungen trotz Fehlens einer wirksamen Einigung- durch rechtstheoretische Untersuchung der den einzelnen Fallgruppen eigenen materialen Ordnungsgesichtspunkte erfolgen muß. Im Hinblick auf diese Ordnungsgesichtspunkte aber scheint allein das fehlerhafte Arbeitsverhältnis der fehlerhaften Gesellschaft hinreichend verwandt, als es dort ebenfalls um die inneren rechtlichen Beziehungen eines auf fehlerhafter Grundlage vollzogenen personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses geht.

Indessen zeichnen sich damit auch schon die grundlegenden Unterschiede zum Gesellschaftsverhältnis ab: Das Arbeitsverhältnis bleibt im Gegensatz zur Gesellschaft auf zwei sich gegenüberstehende Partner beschränkt, die Gemeinschaftssphäre wird vorwiegend durch personenrechtliche Beziehungen gebildet, an einem gemeinschaftlichen Vermögen fehlt es und ebenso an einer Organisation, die den Personenverband der Gesellschaft erst ausmacht. Auf der anderen Seite fehlt der Gesellschaft das das Arbeitsverhältnis beherrschende Prinzip des Schutzes des Arbeitnehmers als des wirtschaftlich Abhängigen¹⁾.

Das Problem des fehlerhaften Rechtsverhältnisses ist im Arbeitsrecht von ebenso großer Bedeutung wie im Gesellschaftsrecht. Im praktischen Ergebnis geht die herrschende Ansicht heute dahin, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei verschiedenen Vertragsfehlern für den Zeitraum des Vollzuges Rechte und Pflichten wie bei einem auf gültigem Arbeitsvertrage beruhenden Arbeitsverhältnis haben²⁾. Nichtigkeit ex tunc gilt allein bei besonders schweren Mängeln,

1) So besonders eindringlich Ramm, S. 30.

2) Vgl. Hueck-(Nipperdey) ArbR Bd. I S. 166-179 (§32); Nikisch ArbR Bd. I S. 172-177 (§ 19 IV), 187-192 (§ 20 IV) und 214-227 (§ 23) und die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung.

wo die Anerkennung eines gültigen Arbeitsverhältnisses und die Herleitung vertraglicher Ansprüche aus demselben mit der Grundauffassung der geltenden Rechtsordnung in Widerspruch stehen würde ¹⁾. Im einzelnen gibt es auch hier verschiedene Streitpunkte, z.B. über die Frage, in welchen Fällen ein Verstoß gegen die §§ 134, 138 BGB im einzelnen eine Anerkennung des Arbeitsverhältnisses ausschließt, ob auch der ohne Genehmigung beteiligte Minderjährige Pflichten haben kann, ob schon das Vorliegen des Vertragsfehlers ohne weiteres ein Beendigungsgrund für das Arbeitsverhältnis ist und die Frage, welche Bestimmungen im einzelnen an die Stelle der speziell fehlerbehafteten Bestimmungen des Arbeitsvertrages treten. Uns interessieren zunächst nicht so sehr diese praktischen Ergebnisse, sondern die rechtstheoretischen Gründe, aus denen man einen Ausschluß des Regelrechts (Bereicherungsrechts) folgert.

Hueck sieht die ausschlaggebenden Gründe darin, daß die einmal geleistete Arbeit und die Tatsache, daß der Arbeitnehmer Mitglied der Betriebsgemeinschaft gewesen ist, nicht rückgängig gemacht werden können, und vor allem darin, daß zwischen ihm und dem Arbeitgeber ein Gemeinschaftsverhältnis begründet worden ist, das zu persönlichen Beziehungen geführt hat, "die nicht mehr aus der Welt geschafft werden können" ²⁾.

Nikisch kommt zu dem Ergebnis, daß auch bei fehlerhaftem Verträge durch die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb oder den privaten Lebensbereich des Arbeitgebers ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis entstehe. Wenn daraufhin von seiner Arbeitskraft Gebrauch gemacht werde, so müsse er wie alle anderen Arbeitnehmer einen Lohnanspruch haben, sei ebenso schutz- und fürsorgebedürftig und seinerseits zur Treue gegenüber dem Betriebe verpflichtet. Diese besondere Behandlung des Arbeitsver-

1) Hueck a.a.O. S. 175; Nikisch a.a.O. S. 217 f.

2) Hueck a.a.O. S. 167.

hältnissen liege darin begründet, daß es zu den Dauerschuldverhältnissen gehöre, die auf die Herstellung eines Zustandes gerichtet seien und mit denen Rechtswirkungen verbunden sein könnten, die der schuldrechtliche Vertrag für sich allein nicht hervorbringen würde¹⁾.

In diesem Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis und in seinem personenrechtlichen Element sieht auch Siebert in seinen späteren Arbeiten die materialen Ordnungsgesichtspunkte für das fehlerhafte Arbeitsverhältnis. Daneben weist er aber vor allem auf den Gedanken des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers hin, der das geltende Arbeitsrecht beherrsche²⁾.

Dieses Moment der besonderen Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers als des wirtschaftlich abhängigen, für seinen Lebensunterhalt auf seinen Lohn angewiesenen Vertragspartners hat vor allem Ramm³⁾ für das fehlerhafte Arbeitsverhältnis zum tragenden Gesichtspunkt der Begründung gemacht. Er kommt rechtssystematisch zu dem Ergebnis, daß das moderne Arbeitsrecht in Anerkennung der Sondersituation des schutzbedürftigen Arbeitnehmers von anderen Wertungsgrundsätzen ausgehe als das BGB, was eine erhebliche Umgestaltung der zivilrechtlichen Regeln für diesen Bereich erfordere⁴⁾.

Von diesem Ausgangspunkt kommt Ramm zu der Annahme, daß es zwingende gesetzliche und auch durch die verfassungsmäßige Garantie des Existenzminimums garantierte Mindestarbeitsbedingungen gebe, die auch durch privatautonome Geltendmachung von Vertragsfehlern, soweit kein "Nichtarbeitsverhältnis" vorliege⁵⁾, nicht unterschritten werden dürften, was bei einer Abwicklung nach Bereicherungsrecht der Fall sein könnte⁶⁾. In diesen Fällen müsse ein "Grundarbeitsverhältnis" anerkannt werden, das sich allerdings auf die Existenzsicherung des Arbeitnehmers beschränke⁷⁾.

1) Nikisch a.a.O. S. 174.

2) Siebert, Fakt.Vertragsverh. S. 81f., im einzelnen S.82-87.

3) Ramm S. 30 ff.

4) a.a.O. S. 46.

5) a.a.O. S. 45.

6) a.a.O. S. 31.

7) a.a.O. S. 45.

Selbst wenn man dieser besonderen Lösung Ramms nicht folgt, zeigt doch die allgemeine Anerkennung des Gedankens des Arbeitnehmerschutzes, daß das fehlerhafte Arbeitsverhältnis und das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis in ihrer materialen Struktur erheblich voneinander abweichen, so daß die Lösungen des Arbeitsrechts für unsere Fälle nur vergleichend herangezogen werden können.

I. Teil.

Das rechtstheoretische und rechtsdogmatische Problem der fehlerhaften Gesellschaft.

1. Die Frage als Lückenproblem.

Das Problem der fehlerhaften Gesellschaft bedeutet die Frage nach dem Inhalt von Rechtsverhältnissen bestimmter Art, also eine Frage, die sich normalerweise aus der im Gesetz getroffenen allgemeinen Regelung beantwortet. Unser Problem geht indessen darüber hinaus, da die Vollständigkeit, Richtigkeit und Verbindlichkeit dieser gesetzlichen Regelung selbst in Frage steht. Damit gelangen wir in den Fragenbereich der Fortbildung des Rechts, d.h. des Nachweises und der Ausfüllung von Gesetzeslücken oder gar der Umbildung der gesetzlichen Regelung und der Ausbildung neuer Rechtsinstitute.

Damit ist zugleich methodisch der Anfangspunkt für unsere Arbeit gegeben, nämlich in der Frage, ob unser Gesetz bezüglich der Regelung der fehlerhaften Gesellschaften eine verbindliche Lösung gegeben hat, an die wir auch heute gebunden sind, oder ob wir die Regelung als lückenhaft und damit ausfüllungsbedürftig oder jedenfalls als umbildungsfähig anzusehen haben.

Mit der Klärung dieser Fragen gewinnen wir einmal eine Antwort darauf, ob eine Sonderlösung überhaupt zulässig ist, sowie Hinweise darauf, welchen methodischen Gesetzen

die Sonderlösung, je nachdem ob sie Lückenausfüllung oder Gesetzesumbildung ist, folgen müßte¹⁾.

a) Die Möglichkeit einer verdeckten Gesetzeslücke.

Eine Gesetzeslücke liegt dann vor, wenn das Gesetz unvollständig ist. Prüfen wir das BGB und HGB in diesem Sinne, so scheint für die Rechtsverhältnisse der fehlerhaften Gesellschaft keine Lücke zu bestehen. Ist der Gesellschaftsvertrag fehlerhaft, so ist mit dem Vertrage auch die Gesellschaft nichtig. Die Beteiligten können die Nichtigkeit ohne weiteres geltend machen. Alle Vorgänge der Vergangenheit, die Akte der Geschäftsführung, die Leistungen der Gesellschafter für die Gesellschaft und in das Gesellschaftsvermögen, die Gewinnauszahlungen und Vergütungen sind im Verhältnis der Gesellschafter untereinander ohne Rechtsgrund erfolgt. Ein einheitliches Vermögen ist nicht entstanden. Die Einzelakte sind nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung rückgängig zu machen. Aufwendungsersatz gibt es möglicherweise nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Das Ergebnis beruht darauf, daß auch die fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse nach dem Gesetz offenbar unter die allgemeine Nichtigkeits- und Abwicklungsregelung des BGB fallen; denn das Gesellschaftsverhältnis setzt einen Vertrag voraus, und bei dessen Nichtigkeit ist auch das Rechtsverhältnis grundsätzlich nichtig. Das besagt jedoch noch nicht, daß das Gesetz nicht trotzdem bezüglich der Regelung der fehlerhaften Gesellschaften "lückenhaft" sein könnte. Denn unter die Gesetzeslücken dürfen wir nicht nur die Fälle rechnen, in denen es an einer positiven Regelung mangelt, sondern auch die, in denen eine negative Regelung fehlt, wo wir die Einschränkung einer allgemeinen Regelung - hier möglicherweise der allgemeinen Nichtigkeits- und Abwicklungsregelung des BGB - vermissen. Die Tatsache, daß keine "offene" Gesetzeslücke besteht, schließt noch nicht das

1) Vgl. zu diesen methodologischen Fragen der Rechtsfortbildung Larenz, Methodenlehre S. 273 ff.

Vorliegen einer "verdeckten" Lücke aus¹⁾.

Der Nachweis einer solchen Lücke ist äußerst schwierig. So kann nicht bereits jede Regelung, die rechtspolitisch unzumutbar erscheint, als einschränkungsbedürftig und damit lückenhaft angesehen werden, sondern es bedarf des Beweises, daß das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, abänderungsbedürftig ist. Es muß sich um eine "planwidrige Unvollständigkeit" handeln²⁾. Indessen würde das Fehlen einer solchen Planwidrigkeit die Abänderung der gesetzlichen Regelung auch nicht endgültig verbieten; denn unter bestimmten Voraussetzungen kann auch eine Umbildung der gesetzlichen Regelung gegen die Wertung des Gesetzgebers etwa mit Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs, auf die "Natur der Sache" oder auf ein höherwertiges rechtsethisches Prinzip rechtens sein³⁾.

An dieser Stelle zeigt sich bereits, daß sachlich die logisch vorrangige Frage des Vorliegens einer Gesetzeslücke oder der Notwendigkeit einer Gesetzesumbildung eine Erörterung all der Fragen erfordert, die für und gegen eine Behandlung der fehlerhaften Gesellschaften nach den allgemeinen Bestimmungen sprechen, daß sie eine Aufdeckung und Bewertung der Merkmale verlangt, die wir die materialen Ordnungsstrukturen genannt haben, und daß diese Frage für den Fall ihrer Bejahung von der Frage nach dem Inhalt der Ausfüllung bzw. Abänderung, d.h. dem Inhalt der Sonderregelung nicht getrennt werden darf.

Indessen erleichtert uns die Stellung dieser Vorfrage die Suche nach den Ordnungsgesichtspunkten insofern, als sie uns auf die Untersuchung gewisser Indizien für das Vorliegen einer Lücke lenkt, die wir in der historischen Entwicklung des Rechts der Personengesellschaften finden und die uns bereits einen ersten Eindruck von den Eigenarten der Gesellschaftsverhältnisse vermitteln.

1) Terminologie nach Larenz, a.a.O. S. 283 f.

2) Vgl. Larenz a.a.O. S. 286.

3) Vgl. Larenz a.a.O. S. 303 ff.

- b) Indizien für das Vorliegen einer Gesetzeslücke. §§ 145 ff BGB, §§ 275 ff und 323 ff BGB, Protokolle zum BGB I. Bd. S. 107, § 346 Satz 2 BGB.

Die fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse sind durch das BGB in vollem Umfange den fehlerhaften Verkehrsgeschäften gleichgestellt worden. So wie etwa bei fehlerhaftem Kaufvertrag das Schuldverhältnis des § 433 BGB nicht entsteht und erfolgte Leistungen aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden können, entsteht auch die Gesellschaft bei fehlerhaftem Vertrage nicht und scheinen auch die in Vollzug des fehlerhaften Vertrages erfolgten Leistungen kondizierbar. Wann ein Gesellschaftsvertrag fehlerhaft ist, richtet sich nach den gleichen Bestimmungen wie bei den Verkehrsgeschäften, da auch er nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Schuldvertrag ist und mehrere sich deckende Willenserklärungen voraussetzt, für deren Gültigkeit es keine besonderen Vorschriften gibt.

Bei einer genauen Untersuchung stellen sich jedoch sehr bald Zweifel ein, ob der Gesetzgeber sich über die Konsequenzen, die diese uneingeschränkte Ausdehnung der allgemeinen Vorschriften auf die Gesellschaftsverhältnisse vor allem für die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften bedeutet, im klaren war, das heißt, ob es sich um eine bewußte Regelung auch für die Gesellschaften handelt, was die Annahme einer Gesetzeslücke ausschließen würde.

Eine erste konkrete Diskrepanz zwischen der Struktur der Gesellschaften und den gesetzlichen Bestimmungen zeigt sich für die Frage des Zustandekommens des Gesellschaftsvertrages. Das Gesetz spricht den Gesellschaftsvertrag ohne besondere Kennzeichnung als "Vertrag" an, der eine "gegenseitige" Verpflichtung begründet (§§ 705 BGB, 107 Abs.2, 161 Abs.2 HGB). Mangels abweichender Bestimmungen kommen auf ihn also die §§ 145 ff BGB zur Anwendung. Diese Vorschriften gehen nun davon aus, daß sich stets zwei Parteien gegenüber stehen, von denen die eine einen Vertragsantrag, die andere die Vertragsannahme erklärt. So beginnt § 145 BGB mit den Worten: "Wer einem

anderen die Schließung eines Vertrages anträgt,....", der Anfang von § 151 BGB lautet: " Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrages zustande,..." und in § 152 BGB heißt es: "Wird ein Vertrag... beurkundet, ohne daß beide Teile gleichzeitig anwesend sind...". Diese Vorstellung mag auf den Gesellschaftsvertrag noch passen, wenn sich nur zwei Personen zusammenschließen, in den häufigen Fällen der Beteiligung von mehr als zwei Personen paßt sie nicht.

Die gleiche Diskrepanz finden wir auch in der Regelung über die Leistungsstörungen (§§ 275 ff, 323 ff BGB), die ebenfalls nur von zwei Beteiligten ausgeht. Diese Vorschriften zeigen für die Gesellschaftsverhältnisse darüber hinaus aber auch eine materielle Unstimmigkeit der angeordneten Rechtsfolgen. Wird etwa ein Gesellschafter wegen Unmöglichkeit von seiner Beitragspflicht frei, so wird man -entgegen § 323 BGB- nicht sagen können, daß damit auch die Mitgesellschafter von ihren Beitragspflichten frei würden. Eine andere Frage ist es, ob das Unmöglichwerden für die Mitgesellschafter einen Auflösungsgrund darstellt¹⁾. Ebenso erscheint die Anwendung des § 320 BGB bei mehrgliedrigen Gesellschaften nicht möglich²⁾. Endlich paßt die Gewährung eines Rücktrittrechts in den Fällen der verschuldeten Unmöglichkeit und des Verzuges (§§ 325, 326 BGB) auf die Gesellschaften nicht, worin aber keine "Unstimmigkeit" gesehen zu werden braucht, da diese Vorschriften insoweit durch die Bestimmungen der §§ 723 BGB und 133 HGB für die Gesellschaften als abgeändert angesehen werden können³⁾. Die Vorschriften der §§ 320 ff BGB erweisen sich damit als auf Austauschgeschäfte zugeschnitten, während die Gesellschaft ein auf Leistungsvereinigung zum Zwecke der gemeinsamen Betätigung gerichtetes Rechtsverhältnis ist⁴⁾.

Einen weiteren Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber die allgemeinen Regelungen des BGB möglicherweise nicht auch im Hinblick auf die Fragen der Gesellschaften, speziell der vollzogenen

1) Hueck OHG S.39; Schumann Handelsr.Bd.I (S.227) § 20 IV 2.

2) Hueck a.a.O. S. 37; Schumann a.a.O. § 20 IV 1.

3) Vgl. dazu Hueck a.a.O. S. 36 f; Schumann S. 227 f (§ 20 IV 2 und 3). Vgl. zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 320 ff BGB im übrigen Weipert Anm. 83 f zu § 105 HGB.

4) Vgl. Würdinger Gesellschaften I. Teil S. 41; Rittner in HDSW Bd.11 (1961) S.266 Sp.1 bzgl. der Geltung der §§ 145 ff BGB.

fehlerhaften Gesellschaften getroffen hat, finden wir in den Protokollen zum BGB bezüglich der Frage der Abwicklung von fehlerhaften Rechtsverhältnissen überhaupt. Die Kommission für die zweite Lesung entschied sich in der Frage der Irrtumsanfechtung für die Regelung der §§ 119 ff BGB, wonach eine Anfechtung einmal auch bei verschuldetem Irrtum und zum anderen ohne Rücksicht auf die Kenntnis, das Kennenmüssen oder Nichtkennenmüssen des anderen Teils zulässig ist, weil dessen Interesse bereits durch einen Schadensersatzanspruch genüge getan werde. Dabei äußerte die Kommission die Überzeugung, daß diese Regelung auch nicht für die Fälle, in denen der Irrtum erst nach Erfüllung entdeckt werde, abgeändert werden müsse, weil diese Fälle verhältnismäßig selten vorkämen. Läge ein solcher Fall vor, so werde der Irrtum in der Regel jedenfalls bald nach der Erfüllung entdeckt; die Möglichkeit, daß sich der Irrtum erst lange Zeit nachher offenbare, bedürfe keiner besonderen Beachtung. Schwierigkeiten und Härten, die sich daraus ergeben könnten, daß ein Ausgleich in Geld dem anderen Teile keine wirkliche Deckung gewähre, müßten in diesen seltenen Fällen in Kauf genommen werden.¹⁾

Coing folgert aus diesen Äußerungen der BGB-Kommission, daß die §§ 119 ff BGB für Fälle wie die in Vollzug gesetzte Gesellschaft "gar nicht berechnet" gewesen seien und daß die Gesellschaft deshalb bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers als bestehend angesehen werden dürfe.²⁾ Eine solche Folgerung allein aus diesen Äußerungen zu ziehen, erscheint uns als zu weitgehend, zumal die Kommission das Auftreten von Schwierigkeiten und Härten in diesen zwar für selten gehaltenen Fällen doch erkannt und bewußt in Kauf genommen hat. Immerhin dürfen wir aber aus der Stelle entnehmen, daß man die Wirkungen der Anfechtung in diesen besonderen Fällen selbst bei den Verkehrsgeschäften als schwerwiegend und unter Umständen ungerecht empfunden hat und daß man deshalb für den Fall, daß auch die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften ins Auge gefaßt worden wären, in denen

1) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB S. 107 (18. Sitzung S. 223).

2) Coing bei Staudinger Anm. 23 a. E. u. 24 vor § 116 BGB.

die Abwicklungsschwierigkeiten und Härten bei Behandlung nach Bereicherungsrecht jedenfalls noch erheblicher sind als bei den Verkehrsgeschäften¹⁾, für diese Gruppe möglicherweise eine andere Regelung getroffen hätte. Das umso mehr, wenn erkannt worden wäre, daß die Fälle des Vollzuges von Rechtsverhältnissen auf fehlerhafter Grundlage, wie die Praxis gezeigt hat, eben doch nicht so selten sind.

Nach diesen Feststellungen dürften wir insoweit das Vorliegen einer Lücke oder jedenfalls die Berechtigung zu einer Umgestaltung des Gesetzes annehmen, da es sich bei der Verknennung der Häufigkeit des Auftretens von bestimmten Fällen und bei dem Außerachtlassen einer besonderen Fallgruppe im Rahmen einer Allgemeinregelung nicht nur um vom heutigen Standpunkt aus rechtspolitisch unzweckmäßige Anordnungen, sondern um ausfüllungsbedürftige bzw. einschränkungsbedürftige Regelungen handelt, insofern sie den eigenen Absichten und Wertentscheidungen des Gesetzes widersprechen.

Ein weiteres Indiz dafür, daß das Gesetz bei seinen Allgemeinregelungen die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften nicht ihren Eigenarten entsprechend und im Gegensatz zu seinen eigenen Wertentscheidungen geregelt hat, finden wir in § 346 Satz 2 BGB. Danach ist im Falle der Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen Rücktritts für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten. Der Gesetzgeber hat also von der obligatorisch rückwirkenden Kraft des Rücktritts für Dienstleistungen und Gebrauchsüberlassung eine Ausnahme gemacht. Da in der Regel eine Gegenleistung in Geld vereinbart sein wird, äußert der Rücktritt hier praktisch nur eine ex nunc-Wirkung. Nun könnte man die genannte Bestimmung, da sie dem Wortlaut nach eine vertragliche Rücktrittsvereinbarung voraussetzt, dahin verstehen, daß diese ex nunc-Wirkung eben mit dem Rücktrittsvorbehalt mitvereinbart sei und deshalb für die ex lege nichtigen oder anfechtbaren Rechtsverhältnisse von vornherein ohne Bedeutung sei. Dann würde man jedoch übersehen, daß § 346 Satz 2 BGB auch in den Fällen der §§ 325, 326 BGB gilt.

1) Vgl. dazu vorläufig die Ergebnisse bei Ruland S. 4 ff.

Es scheint demnach richtig, die Vorschrift als Ausdruck eines allgemeinen Richtigkeitsgedankens für den Ausgleich von Dienstleistungen und Gebrauchsüberlassungen zu verstehen. Der allgemeine Gedanke ist der, daß in Fällen, in denen der Zweck des Schuldverhältnisses für den Zeitraum der Vergangenheit kraft der Natur der geschuldeten Leistung uneingeschränkt erreicht worden ist und diese Leistung ebenso kraft ihrer Eigenart nicht in Natur zurückgegeben werden kann, eine in Geld vereinbarte Gegenleistung auch im Falle des Fehlens oder Wegfalls einer causa erbracht werden muß. Diese Charakterisierung der Leistung würde aber auch die typischen Leistungen der Gesellschafter erfassen, nämlich die Mitwirkung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, sei es in Form persönlicher Mitarbeit oder der Zurverfügungstellung von Sachwerten.

Es erscheint fraglich, ob man, wie Siebert es tut ¹⁾, aus § 346 Satz 2 BGB folgern kann, daß alle Rechtsverhältnisse mit entsprechendem Leistungsgegenstand -nach Siebert jedenfalls die personenrechtlichen Dauerschuldverhältnisse- und damit auch die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse bis zu ihrer Aufhebung "bestehen" bleiben. Wir wollen an dieser Stelle der Untersuchung aus § 346 Satz 2 BGB nur entnehmen, daß zwischen der gesetzlichen Behandlung der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften nach Bereicherungsrecht mit dem Prinzip der Rückgewähr des Erlangten (§§ 812 ff. BGB) bzw. des Wertersatzes (§ 818 Abs. 2 BGB) oder des Freiwerdens (§ 818 Abs. 3 BGB) und der Regelung des Rücktritts im Falle von Dienstleistungen und Gebrauchsüberlassung ein Wertungswiderspruch besteht, der ein weiteres Indiz dafür bedeutet, daß die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften im Gesetz keine verbindliche Regelung erfahren haben.

c) Rechtshistorische und rechtssystematische Gründe für die gesetzliche Regelung der Personengesellschaften.

Suchen wir nach den Gründen für das Fehlen einer klaren, verbindlichen Regelung, so finden wir sie in zwei grundlegenden Umständen. Einmal -und das ist der entscheidende Grund für die bisher gezeigten Unstimmigkeiten- hat der

1) Siebert Fakt. Vertragsverh. S. 54.

Gesetzgeber die allgemeinen Regeln über die Begründung von Vertragsverhältnissen (§§ 104 ff., 116 ff., 145 ff. BGB) und über die Abwicklung von fehlerhaften Rechtsverhältnissen (§§ 812 ff. BGB) offenbar ohne ständige ins einzelne gehende Überprüfung aller Konsequenzen aufgestellt, die sich für alle Rechtsverhältnisse ergeben, die er diesen Regeln unterstellt hat. Der Gesetzgeber des BGB ist damit bis zu einem gewissen Grade einer Gefahr erlegen, in der sich jeder Gesetzgeber befindet, der sich den Aufbau einer abstrakten Systematik unter Verwendung abstrakter Begriffe zum Ziel setzt; dieses Ergebnis ist umso verständlicher, als der BGB-Gesetzgeber diese Methode geradezu zum Prinzip gemacht hat und von zu großem Vertrauen auf die Kraft des abstrakten Begriffs und der abstrakten Regel getragen war ¹⁾. Rechtshistorisch und von der Frage der Begriffs- und Normbildung her betrachtet geht das Ergebnis darauf zurück, daß die Normen, die das BGB für das Rechtsgeschäft aufgestellt hat, in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts nicht für die Abstraktion Rechtsgeschäft entstanden sind, sondern daß es sich um Normen handelt, die in langer rechtsgeschichtlicher Entwicklung für einzelne rechtsgeschäftliche Akte entstanden sind und die dann auf die Abstraktion Rechtsgeschäft übertragen worden sind. Dabei ist das Modell vornehmlich der Schuldvertrag und im besonderen der Kaufvertrag gewesen ²⁾. Daß der Gesetzgeber dabei insbesondere die Gesellschaften vernachlässigt hat, läßt sich zum Teil damit erklären, daß die wichtigsten Personengesellschaften, nämlich OHG und KG, Handelsgesellschaften sind, die sich in einem verselbständigten Handelsrecht entwickelt hatten ³⁾, und daß für den BGB-Gesetzgeber nur der Typ der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft wesentlicher Gegenstand der Überlegungen war.

- 1) Vgl. Staud.-Coing Anm. 75 Einl. vor § 1 BGB; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 253 und 271 ff. Zur Gefahr der vorzeitigen Verallgemeinerung Lehmann, Allg. T.S. 30 (§ 4 III 1).
- 2) Flume, 100 Jahre dtsh. Rechtsleben S. 149 f. Vgl. dazu auch Rittner in HDSW Bd. 11 (1961) S. 265 f.
- 3) Die Entstehung dieser Gesellschaftstypen des Handelsrechts reicht weit zurück. Die Grundform der OHG läßt sich in der Form der compagna zuerst im 13. Jahrh. in Oberitalien nachweisen. Durch Erweiterung dieser OHG etwa bei Wegfall eines Teilhabers entstand die KG. Beide Typen fanden in den

Zum anderen erklärt sich die unklare Regelung der fehlerhaften Gesellschaften daraus, daß sich die Personengesellschaften überhaupt, selbst als individualrechtlich aufgefaßte societates, nur schwer in das pandektistische Obligationensystem, von dem der Gesetzgeber des BGB ausgegangen ist, einfügen ließen. Diese Diskrepanz mochte im ersten Entwurf zum BGB, der an den romanistischen Begriff der societas in ihrer späteren individualistischen Form als reines Schuldverhältnis ¹⁾ anknüpfte ²⁾, noch verdeckt sein, obwohl sie auch schon hier vorlag; denn auch die rein schuldrechtliche gegenseitige Verpflichtung, einen gemeinsamen gesetzten Zweck gemeinsam zu verfolgen, bedeutet eine Vereinigung der Kräfte und erschöpft sich nicht darin, daß der eine Gesellschafter vom anderen etwas fordern kann. Die Diskrepanz wurde endgültig offenbar, als unter dem Einfluß Otto von Gierkes das Prinzip der Gesamthandsgemeinschaft im zweiten Entwurf anerkannt und damit das deutschrechtliche genossenschaftliche Element in den Rechtsbegriff der Personengesellschaft aufgenommen wurde ³⁾.

deutschen Stadtrechtsreformationen eine Normierung. In Frankreich wurden sie später unter dem Begriff société en nom collectif (OHG) und société en commandite (KG) in der ordonnance du commerce und im code de commerce geregelt. In Deutschland brachte das ADHGB von 1861 schließlich eine Ordnung für beide Typen einschließlich der inzwischen entstandenen Stillen Gesellschaft. Vgl. dazu Lehmann GesR S. 62 ff. (§ 9 II).

- 1) Diese Societas der späteren Zeit kannte kein vom Privatvermögen der Gesellschafter abgesondertes Gesellschaftsvermögen, sondern alle nicht nur quoad usum eingebrachten Betriebsmittel standen in Miteigentum der Gesellschafter zu Bruchteilen. Ein personenrechtliches Band gab es unter den Beteiligten nicht. Vgl. Esser SchR S. 710; Lehmann GesR S. 61; Staud.-Keßler Anm. 3a vor § 705 BGB. Demgegenüber war die klassische societas wie die Gemeinschaft des deutschen Rechts Fortsetzung der Familiengemeinschaft und -folgen wie Wieacker, Societas S. 12-primär personenrechtliches Statusverhältnis. Zum konsensualen Austauschvertrag mit klagbarer Beitragsleistung und gegenläufiger Interessenstruktur wurde die Gesellschaft erst dadurch, daß Justinian die Erfüllungsklage manente societate zuließ. So Wieacker a.a.O.

2) Motive II 591.

3) Protokolle II S. 426 ff.

Der Gesetzgeber hat diese Diskrepanz nicht auflösen können. Zwar hat er auf der einen Seite das Gesamthandsprinzip in den vermögensrechtlichen Bestimmungen der §§ 718, 719, 738 BGB sanktioniert, im übrigen ist er aber in seinen Vorstellungen von dem romanistischen Ausgangspunkt nicht abgewichen. In konsequenter Durchführung des Aktionenschemas formuliert er in § 705 BGB: "Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten." Der Gesetzgeber scheint allein darum bemüht, die pandektistisch passende Anspruchsgrundlage aufzuzeigen ¹⁾. Die Feststellung, daß die Gesellschaft ein auf Entfaltung einer gemeinsamen Zwecktätigkeit gerichteter Zusammenschluß von Personen ist, kann allenfalls aus der Gesamtregelung entnommen werden. Das elementare Merkmal, daß es sich bei der Gesamthandsgemeinschaft ganz ohne Zweifel um Leistungsvereinigung und nicht um Leistungsaustausch handelt ²⁾, wird dagegen in § 705 BGB geradezu geleugnet ³⁾, weil der Gesetzgeber eben an dem Vorurteil festhält, daß der Gesellschaftsvertrag Konsensualvertrag im Sinne der pandektistischen Vertragstheorie sein müsse.

Fassen wir die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchungen zusammen, so dürfen wir sagen, daß zumindest eine Anzahl von Indizien dafür vorliegt, daß die Unterstellung der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse unter die allgemeinen Regeln, d.h. insbesondere das Bereicherungsrecht, nicht verbindlich ist, es sich insoweit vielmehr um eine Gesetzeslücke oder wenigstens um eine umgestaltungsfähige Regelung handelt. Wir sehen diese Indizien einmal in allgemeinen Umständen, wie der Tatsache, daß die Rechtsgelehrtschaft auf die Verkehrsgeschäfte und nicht auf die Gesellschaften zugeschnitten ist, daß die Personengesellschaft

1) So Esser Schr S. 711 (§ 173.3).

2) Z.B. Staud.-Keffler Anm. 5 zu § 705 BGB.

3) Wieacker, Societas S. 12

rechtshistorisch aus zwei Quellen stammt und daß sie im Gesetze keine einheitliche Durchgestaltung erfahren hat; zum anderen sehen wir sie in speziellen Hinweisen, die wir der Regelung des § 346 Satz 2 BGB oder den Äußerungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB zur Frage der Abwicklung von vollzogenen fehlerhaften Rechtsverhältnissen entnehmen.

2. Die Behandlung der fehlerhaften Verkehrsgeschäfte.

Das Unternehmen der Ausfüllung einer Gesetzeslücke oder der Umbildung einer gesetzlichen Regelung ist, wie schon angedeutet wurde, kein Vorgang freier Rechtsschöpfung, ist also nicht etwa nur an das Erfordernis gebunden, eine billige und praktikable Regelung zu finden. Die Ausfüllung einer Gesetzeslücke erfordert eine Ergänzung des Gesetzes aus seinem eigenen Gedankenzusammenhang, sie hat unter Wahrung der Wertmaßstäbe zu erfolgen, die auch das Gesetz selbst zugrundegelegt hat ¹⁾. Im Falle einer Gesetzesumbildung darf die Regelung, geschieht die Abänderung aus dem Gesichtspunkt eines unabwiesbaren Bedürfnisses des Rechtsverkehrs, mit Rücksicht auf die Natur der Sache oder ein besonderes rechtsethisches Prinzip, nur soweit von den gesetzlichen Wertungen abrücken, wie die genannten Gestaltungsmomente es erfordern ²⁾.

Es stellt sich demnach die Aufgabe, einmal die für die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse verbindlichen Wertungen des Gesetzes aufzudecken, zum anderen nach dem Bestehen solcher besonderen Gestaltungsmomente zu forschen, sie aufeinander abzustimmen und eine entsprechende Regelung auszuarbeiten.

Diese Arbeit kann für unser Thema nicht dadurch abgekürzt werden, daß die richtige Regelung von vornherein nur in zwei Möglichkeiten gesehen wird, nämlich entweder der, daß die fehlerhafte Gesellschaft als ex tunc nichtig angesehen und dem Bereicherungsrecht unterstellt wird, oder

1) Larenz, Methodenlehre S. 283 und 287 ff.

2) Larenz, a.a.O. S. 303 ff. insbesond. S. 304.

der, daß die Gesellschaft bis zur Auflösung durch Urteil bzw. durch Kündigung als vollgültig angesehen wird, eine Alternative, auf die auch die Fragestellung hinausläuft, ob die faktische Gesellschaft eine Gesellschaft "ist" oder nicht. Mit Recht trifft Hueck zu Beginn seiner Erörterung der fehlerhaften Gesellschaften die Feststellung, daß die Behauptung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins eines Rechtsgebildes nur die Bedeutung habe, daß die für das betreffende Institut geltenden Rechtsnormen anzuwenden seien oder nicht, woraus sich ergebe, daß die Frage auch teilweise bejaht oder verneint werden könne¹⁾. Wäre dem nicht so, so wäre etwa die heute weithin anerkannte Lösung, daß sich die Abwicklung der fehlerhaften Gesellschaft zum Teil nach dem fehlerhaften Gesellschaftsvertrage, zum Teil nach einer angemessenen Regelung richtet, unmöglich, da sie sich weder mit der Annahme voller Nichtigkeit noch voller Gültigkeit der Gesellschaft verträgt²⁾.

a) Die Bedeutung der §§ 812 ff. BGB für das fehlerhafte Verkehrsgeschäft.

Wie lassen sich nun die in unserem Gesetz für unser Problem maßgeblichen Wertungen feststellen?

Der Gesetzgeber hat die auf fehlerhafter Grundlage vollzogenen Rechtsverhältnisse dem Bereicherungsrecht unterstellt. Zwar haben wir oben³⁾ gesehen, daß diese Regelung für die fehlerhaften Gesellschaften möglicherweise nicht gilt, auf der anderen Seite besteht aber kein Zweifel, daß sie - mit gewissen noch zu erörternden Einschränkungen - für die Rechtsverhältnisse gilt, die der Gesetzgeber als Leitbilder benutzte, nämlich die auf Begründung eines vorübergehenden Schuldverhältnisses gerichteten Geschäfte, insbesondere den Kauf, der zugleich Prototyp des auf Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnisses ist⁴⁾. Eine Untersuchung der Regelung dieser Tatbestände (der auf fehlerhafter Grundlage vollzogenen, auf einen einmaligen Leistungsaustausch

1) Hueck OHG S. 45; ebenso Ganssmüller in NJW 1955, 1067.

2) Vgl. oben S. 13 ff und die dort genannte Literatur.

3) Vgl. oben S. 33 ff, zusammenfassend S. 43 f.

4) Vgl. dazu Flume, 100 Jahre dtsh. Rechtsleben S. 149 f; Rittner HDSW Bd. 11 (1961) S. 265 (Sp. 2) f.

gerichteten Rechtsverhältnisse) müßte demnach, erkennt und berücksichtigt man die Eigenarten dieser Gruppe von Rechtsgeschäften, Aufschluß über die materiellen Wertungen des Gesetzgebers, vor allem hinsichtlich der Bedeutung der Fehlerhaftigkeit des zugrundeliegenden Vertrages, geben. Sind diese Wertungen gefunden, so besteht die weitere Aufgabe darin, die Wertungen des Gesetzgebers oder im Falle der Notwendigkeit einer Abänderung die nach heutiger Rechtsauffassung maßgeblichen Wertungen, die sich speziell auf die Gesellschaftsverhältnisse beziehen, herauszufinden und sie mit den ersteren in einer Gesamtlösung für die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften in Einklang zu bringen.

Einigen sich zwei Personen unter Abgabe von Willenserklärungen etwa über den Verkauf bzw. Kauf einer Sache, so ist damit der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer Eigentum und Besitz zu verschaffen, der Käufer, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Aufgrund des Vertrages entsteht ein Schuldverhältnis mit den bezeichneten primären Leistungspflichten.¹⁾ Ist der Vertrag nichtig oder wird er erfolgreich angefochten, so entstehen diese Leistungspflichten nicht. Für den Fall, daß die Beteiligten noch nicht geleistet haben, ergibt sich daraus unmittelbar, daß sie nicht zu leisten brauchen, daß jeder behalten darf, was er hat. Haben die Beteiligten ihre Leistungen schon erbracht, so ergeben sich die Rechtsfolgen aus den §§ 812 ff BGB. Neben anderen sind in diesen Vorschriften die Fälle geregelt, in denen Personen aufgrund fehlerhaften Rechtsgeschäfts geleistet haben. Sie erscheinen als die Fälle der Leistungskondiktion, die generell durch § 812 Abs.1 Satz1 BGB erste Alternative geregelt sind, wonach derjenige, der durch die Leistung eines anderen auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, diesem zur Herausgabe verpflichtet ist. Eine Ergänzung dieser Bestimmung ergibt sich aus § 818 Abs.2 BGB, wonach der Wert des Erlangten zu ersetzen ist, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder der Empfänger aus einem

1) Terminologie nach Larenz, SchR I S.4 ff.

anderen Grunde zur Herausgabe außerstande ist.

§ 812 BGB gibt die Anspruchsgrundlage für die Rückabwicklung fehlgeschlagener Leistung. Die Bestimmung ist Ergänzung und Störungskorrektiv zum Recht der Güterbewegung¹⁾. Sie ist Ausfluß des Gedankens, daß eine Güterverschiebung nur Bestand haben soll, wenn sie materiellrechtlich gerechtfertigt ist, woran es immer mangelt, wenn die schuldrechtliche Unterlage wie im Falle der Fehlerhaftigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts fehlt²⁾. Der Kondiktionsgläubiger kann deshalb vom Kondiktionsschuldner die Rückgängigmachung der Güterverschiebung verlangen.

Betrachten wir das Ergebnis von dem Gesichtspunkt der zwischen den Beteiligten endgültig maßgeblichen Ordnung, so gilt, insofern nämlich der frühere Zustand wiederhergestellt wird, noch immer die Ordnung, die vor Abschluß des fehlerhaften Rechtsgeschäfts bestand. Es scheint, als hätten das Rechtsgeschäft und der nachfolgende Vollzug, abgesehen von vorläufigen auf tatsächlichen Umständen oder dem Prinzip des abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfts beruhenden Veränderungen der Güterzuordnung, keine Rechtswirkungen gehabt. Das Ergebnis scheint zu der Schlußfolgerung zu führen, daß Schuldverhältnisse außer in den vom Gesetz ausdrücklich normierten Fällen, im Schuldrecht etwa Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubte Handlung, Gefährdungshaftung und ungerechtfertigte Bereicherung, nur aus fehlerfreien Rechtsgeschäften entstehen können.

b) Die Entstehung besonderer Verhaltenspflichten trotz Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts.

Die Untersuchung bedarf jedoch noch einer Ergänzung, aus der sich ergeben wird, daß dieses Ergebnis in dieser grundsätzlichen Form auch für die Verkehrsgeschäfte nur für die Entstehung der primären Leistungspflichten, nicht aber für die Entstehung besonderer Verhaltenspflichten gilt³⁾. Es ist heute gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß schon der Eintritt in Vertragsverhandlungen, und zwar ohne Rücksicht auf das spätere Zustandekommen eines Vertrages, ein Schuldverhältnis mit besonderen Pflichten begründet, für deren Verletzung man wegen culpa in contrahendo haftet⁴⁾.

1) v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I S. 342.

2) Esser SchR S. 777 f.

3) Zum Begriff der "Verhaltenspflichten" vgl. Larenz SchR I S. 5 ff.

4) Ballerstedt AcP 151, 503; Larenz SchR I S. 66 u. 69 der

Danach ist -allgemein gesagt- jeder verpflichtet, sowohl vor dem Vertragsschluß, bei den Vertragsverhandlungen wie bei dem Vertragsabschluß über die allgemeinen Pflichten, von denen die Regelung der unerlaubten Handlungen ausgeht, hinaus selbst diejenige Sorgfalt und Rücksicht auf das Interesse des anderen zu nehmen, die nach "Treu und Glauben" von dem künftigen Vertragsgenossen erwartet werden kann¹⁾. Dieses vorvertragliche Rechtsverhältnis setzt sich, wenn es zu einem gültigen Vertragsschluß kommt, in dem dadurch begründeten Vertragsverhältnis fort. Es bleibt aber auch während dieses Zeitraums nach Vertragsschluß bestehen, wenn der Vertrag hinterher infolge Anfechtung rückwirkend vernichtet wird oder er von vornherein nichtig war²⁾; denn die Gesichtspunkte, die die Haftung wegen Verschuldens vor Vertragsschluß rechtfertigen, nämlich die Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen³⁾ und die konkrete Interessenverknüpfung⁴⁾, greifen erst recht ein, wenn die Beziehungen der Parteien aus dem Stadium der Verhandlungen in das der Erfüllung des vermeintlich wirksamen Vertrages getreten sind⁵⁾.

Wir stellen also fest, daß in gewissen Grenzen selbst bei den Verkehrsgeschäften trotz Fehlerhaftigkeit des Vertrages Pflichten begründet werden und damit ein Schuldverhältnis entsteht, das jedoch nicht auf die Erfüllung primärer Leistungspflichten, etwa die Verpflichtung zur Übereignung eines Gegenstandes gerichtet ist. Solche Pflichten können aus einem fehlerhaften Verträge auch dann nicht entstehen, wenn die Parteien den Vertrag im guten Glauben an seine Gültigkeit vollzogen haben. Der Gesetzgeber hat hier das Interesse auch des Vertragspartners, der auf den Bestand seines Rechtserwerbs vertraut hat und der an den fehlerhaften Regelungen festhalten möchte, zurückgestellt und mißt dem fehlerhaften Verträge und dem

4. Aufl. (§ 7 II), wo das entstehende Verhältnis zwischen den Beteiligten nur als "rechtliche Sonderverbindung" gekennzeichnet wurde, und S. 38 ff der 5. Aufl. (§ 4 V), wo das Verhältnis nunmehr auch als Schuldverhältnis angesprochen wird.

- 1) Larenz SchR I 4. Aufl. S. 66 f. In der 5. Aufl. fehlt die Formulierung eines allgemeinen Rechtssatzes.
- 2) Larenz SchR I 4. Aufl. S. 69; Siebert bei Soergel Anm. 63 ff zu § 242 BGB
- 3) Ballerstedt AcP 151, 501 ff, insb. S. 506.
- 4) Siebert a.a.O. Anm. 63
- 5) Siebert a.a.O.

Vollzuge insoweit keine Wirkung bei. Wer nicht voll geschäftsfähig war, wer sich geirrt hat, erst recht, wer getäuscht oder bedroht worden ist, wird insoweit nicht verpflichtet, weil seine Willenserklärung, d.h. die Selbstgestaltung seiner Rechtsbeziehungen¹⁾ ihm nicht zuzurechnen ist. Verstößt der Vertrag gegen eine Formvorschrift, so geht das Interesse der durch die Formvorschrift geschützten Personen oder des geschützten Verkehrs²⁾ vor, lag ein Dissens vor oder war der Vertrag auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet, so ist er mangels einer eindeutigen oder mangels einer sinnvollen Regelung unverbindlich.

Eine gewisse Sonderstellung nimmt seinem Charakter nach das Nichtigkeitsgebot der §§ 134, 136 BGB, Verstoß gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten, ein. Hier scheitert die Setzung einer neuen Ordnung unter den Parteien durch Rechtsgeschäft und damit die Begründung von Leistungspflichten nicht daran, daß die Bindung einer der Parteien aus bestimmten Schutzgründen nicht zugerechnet werden könnte oder daß der Mechanismus des Vertrages³⁾ aus anderen Gründen gestört wäre, sondern die von den Beteiligten gesetzte Ordnung kann nicht gelten, weil sie sich inhaltlich nicht mehr im Rahmen des Rechts hält.⁴⁾

Abgesehen von dieser Fallgruppe, die eigenen Gesetzen folgt - vgl. dazu insbesondere die Regelung des § 817 BGB -, finden wir in den Nichtigkeitsgeboten in Verbindung mit den Abwicklungsregeln der §§ 812 ff BGB einzelne Wertungen des Gesetzgebers vor, und zwar dahin, daß das Interesse auch desjenigen, der an die Gültigkeit und den Bestand der Erfüllungshandlungen geglaubt hat, vor dem Interesse dessen, der an der Nichtigkeit interessiert ist, zurücktreten muß.

Diese Wertung mag im Falle der Irrtumsanfechtung auf der Grenze gestanden haben⁵⁾, in den anderen Fällen erscheint sie als die allein zutreffende, zumal die Rechtsfolgenan-

1) Vgl. vorläufig Flume 100 Jahre dtsh.Rechtsleben Bd.I S.136.

2) Vgl. dazu Heldrich AcP 147,91 - 93; Rittner in HPSW Bd.11 S.266 Sp.2.

3) Schmidt-Rimpler AcP 147, 130 ff.

4) Vgl. Flume aaO.137.

5) Vgl. dazu die oben S.37 - 39 erörterte Stelle in den Protokollen (Prot.223).

ordnung eines Aichtigkeitsgebotes, nämlich Rückgängigmachung der erfolgten Güterverschiebung bei den Verkehrsgeschäften dem berechtigten Interesse des anderen Teils auch noch gerecht zu werden vermag. Wollte man im Gegensatz zu der gesetzlichen Lösung eine Verbindlichkeit auch zur Erfüllung der primären Leistungspflichten aus dem fehlerhaften Vertrag anerkennen, so müßte man bei den auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Verkehrsgeschäften dem fehlerhaften Verträge gleich volle Zukunftswirkung geben, ein Ergebnis, das bei der fehlerhaften Gesellschaft dem Ausschluß der Geltendmachung des Vertragsfehlers auch für die Zukunft entspräche und das man nicht einmal hier anerkennt¹⁾.

- c) Die Unmöglichkeit einer abgetrennten "Anerkennung" des fehlerhaften Verkehrsgeschäfts für den Zeitraum der Vergangenheit.

Wir lernen hier bereits einen ersten wichtigen Unterschied der Gesellschaftsverhältnisse zu den auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Verkehrsgeschäften kennen. Die Gesellschaftsverhältnisse entwickeln sich in der Zeit und werden mit Zeitablauf jeweils erfüllt, was dazu führt, daß das Rechtsverhältnis abgetrennt für den vergangenen Zeitraum "anerkannt" werden kann, ohne damit gleichzeitig die Beständigkeit des Rechtsverhältnisses für die Zukunft bejahen zu müssen.

Die Gesellschaftsverhältnisse entsprechen insoweit den oben²⁾ gekennzeichneten Fällen des § 346 Satz 2 BGB, während die auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Rechtsgeschäfte nur entweder gar nicht oder auch für die Zukunft anerkannt werden können. Wollte man bei ihnen, z.B. beim Kauf, von einer im vergangenen Zeitraum abgeschlossenen Leistung sprechen, so könnten es bei erbrachter Leistung nicht die Eigentumsverschaffung, sondern nur die Gebräuchsüberlassung an dem verkauften Gegenstand und besondere Nutzungen, insbesondere weitere Gebräuchsvorteile sein. Aber auch diese Leistungen werden bei den Verkehrsgeschäften

1) Heute h.L.; anders das Reichsgericht. Vgl. oben S. 10 u. 12 f.

2) Vgl. oben S. 39 f.

als sine causa erfolgt angesehen, und der Bereicherte hat, was den überlassenen Gebrauch betrifft, nach § 818 Abs.2 BGB den Wert des Erlangten zu ersetzen sowie die weiteren Nutzungen herauszugeben oder auch ihren Wert zu vergüten.

Die Rückabwicklung des fehlerhaften Rechtsverhältnisses kann vor allem deshalb als für den Benachteiligten ausreichender Schutz angesehen werden, weil ihr Ziel aus der Struktur der Verkehrsgeschäfte heraus auch stets erreicht werden kann. Da hier typisch nur die Rechtslage einzelner Gegenstände verändert wird, läßt sich das Rechtsschicksal dieser Gegenstände regelmäßig ohne Schwierigkeit verfolgen, und lassen sich die erfolgten Güterverschiebungen, sei es tatsächlich oder durch Wertersatz, rückgängig machen. Die Struktur des Rechtsverhältnisses entspricht hier der, die in den §§ 812 ff BGB vorausgesetzt wird: die Parteien haben sich bei Erbringung der Leistung gegenüber gestanden, sie haben die Leistungen "einander" erbracht, der eine ist jeweils "auf Kosten des anderen" bereichert.

Für die gegenseitigen Verträge wird heute eine gerechte Regelung vor allem dadurch garantiert, daß die einzelnen Leistungen nicht als selbständig nebeneinanderstehend betrachtet, sondern auch im Falle der Fehlerhaftigkeit des Vertrages als durch das Synallagma verknüpft angesehen werden¹⁾. Danach hängt die Rückforderung der Leistung dem Grunde und dem Ausmaß nach von der Rückgabe der Gegenleistung durch den Kondiktionsgläubiger ab, so daß insbesondere eine einseitige Bevorzugung dessen, der nach § 818 Abs.3 BGB von seiner Rückgabeverpflichtung frei geworden ist, ausgeschlossen ist. Immerhin beweist die Notwendigkeit der Saldotheorie, daß der Gesetzgeber auch hier gewisse Schwierigkeiten, die sich erst beim Vollzug von Rechtsverhältnissen auf fehlerhafter Grundlage ergeben, zunächst übersehen hat²⁾.

1) von Caemmerer, Festschrift für Rabel I S. 386; Esser SchR S. 822 (§ 199.4).

2) Eine Parallele zu dem Problem der faktischen Gesellschaft sieht hier auch v.Caemmerer a.a.O. S. 366.

3. Die Rechtsgestalt der fehlerfreien Personengesellschaft.

Wenden wir uns nunmehr den Gesellschaftsverhältnissen zu, so zeigt sich, daß sie ihrer Struktur nach in verschiedener Hinsicht von den auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Rechtsverhältnissen abweichen, und zwar auch in Punkten, die wir für die Behandlung nach Bereicherungsrecht als wesentlich erkannt haben.

So ist der Gesellschaftsvertrag auf einen Zusammenschluß zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet. Er geht nicht auf Leistungsaustausch, sondern auf Leistungsvereinigung ¹⁾.

Larenz ²⁾ folgert schon daraus, daß das Bereicherungsrecht auf die vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften nicht angewandt werden dürfe. Dieses gehe davon aus, daß der eine "auf Kosten eines anderen" bereichert sei. Das sei bei der Gesellschaft nicht der Fall, weil die Leistung des einen nicht unmittelbar dem anderen zugute komme. Die Gesellschafter hätten ihre Einlagen nicht einander, sondern in das Gesellschaftsvermögen geleistet, sie seien für dieses Vermögen Schulden eingegangen, hätten aus ihm Zahlungen geleistet und empfangen; sie hätten mittels des von ihnen gebildeten Gesellschaftsvermögens und durch ihre gemeinsame Tätigkeit Gewinne erzielt, die wiederum, wenigstens zunächst, diesem gemeinsamen Vermögen zugeflossen seien. Man könne alle diese Vorgänge nicht so auffassen, als hätten sie unmittelbar sich zwischen den Gesellschaftern als einzelnen abgespielt. Eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht sei deshalb der Sachlage unangemessen.

Wir sehen eine weitere Diskrepanz noch darin, daß das Bereicherungsrecht eine überschaubare Güterbewegung, wie es bei den Austauschgeschäften regelmäßig der Fall ist, voraussetzt, was bei den Gesellschaftsverhältnissen typisch nicht gegeben ist. Die Güterbewegung, die sich hier über den ge-

1) Larenz SchR II S.245 (§ 56 I); Hueck OHG S.35; Keßler bei Staud. Anm. 5 zu § 705 BGB.

2) Larenz a.a.O. S. 272 f.

samen Zeitraum der Betätigung der Gesellschaft erstreckt, ist regelmäßig äußerst vielschichtig und vielgestaltig. Die Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern, will man sie als solche zwischen ihnen ansehen, betreffen die Leistung der Einlagen, eventueller laufender Beiträge und der Arbeitskraft, sie betreffen die im Rahmen der Geschäftsführung vorgenommene Veräußerung und den Erwerb von Gegenständen und die Entstehung von Surrogaten, d.h. dessen, "was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird" (§ 718 Abs.2 BGB).

Es erscheint auch insofern fraglich, ob die Methode der Rückgängigmachung der Einzelakte, worauf die Regelung des Bereicherungsrechts hinausläuft, das geeignete Mittel der Wiederherstellung der gerechten Güterordnung unter den Parteien darstellt. Wir finden hier die Ursache für die immer wieder genannten "Abwicklungsschwierigkeiten"¹⁾, die eine Behandlung der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaften nach den gesetzlichen Allgemeinregelungen mit sich bringen würde.

Erman²⁾ sieht in dem auftreten solcher Abwicklungsschwierigkeiten und verschiedener Ungerechtigkeiten den Beweis, daß die Ordnungsfunktion des Rechts hier versage und das Recht auch seiner Gerechtigkeitsfunktion nicht nachkomme. Er folgert daraus die Berechtigung, die gesetzlichen Nichtigkeitsfolgen abgestuft nach der jeweiligen Fehlerart soweit zu beschränken, daß - zumindest in einem Teil der Fälle - "die Nichtigkeit nicht zurückwirkt" und damit "prinzipiell gesellschafts-, schuld- und sachenrechtlich ein wirksames Gesellschaftsverhältnis" entstanden sei.³⁾

Eine solche Argumentation scheint uns nicht überzeugend. Versagt das Gesetz bezüglich der Wiederherstellung der gerechten Güterordnung, so mag sich daraus die Berechtigung

1) Z.B. Erman S.8; Hueck OHG S.50; Ruland S.4-45, zusammenfassend S.44 f; Beitzke S.15 ff und 62.

2) Erman S.62 f; vgl. oben S.25.

3) Erman S.73.

ergeben, diesen Fehler zu berichtigen oder diese Lücke auszufüllen, diese Tatsache allein gibt aber noch keine ausreichenden Richtlinien dafür, wie die Berichtigung oder die Lückenausfüllung im einzelnen vorzunehmen sind. Vielleicht kann man darin bereits einen zureichenden Grund für die Annahme eines Gesamthandsvermögens und die Notwendigkeit einer Liquidation dieses Vermögens erblicken, für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses mit allen Pflichten der Beteiligten bis zur Geltendmachung des Fehlers, Beitragsleistungs-, Geschäftsführungs- und Mitwirkungspflichten, und zur Annahme eines wirksamen gesellschaftsrechtlichen Organisationsverhältnisses reicht diese Begründung allein nicht aus. Die Bejahung eines Schuldverhältnisses mit primären Leistungspflichten trotz fehlerhaften Vertrages setzt, auch wenn man nur eine "Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen" ¹⁾ vornehmen will, eine grundsätzliche Erörterung voraus. Sie erfordert -nachdem wir gesehen haben, daß unser Recht die Entstehung eines Schuldverhältnisses mit primären Leistungspflichten, das die Gesellschaft jedenfalls auch ist, bei fehlerhaften Verkehrsgeschäften stets verneint- eine weitere Untersuchung der Besonderheiten des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses, die über die Frage der Wiederherstellung einer gerechten Güterordnung hinausgeht und die vor allem die Gesellschaft als Zusammenschluß von Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes zum Gegenstand hat.

Es ist bereits dargelegt worden ²⁾, daß das Rechtsverhältnis der Gesellschaft, nicht nur -wie es nach § 705 BGB den Anschein hat- ein Verhältnis gegenseitiger Verpflichtungen, d.h. ein "normales" Schuldverhältnis, ist. Die Gesellschaft ist ein auf Entfaltung einer gemeinsamen Zwecktätigkeit gerichteter Zusammenschluß von Personen. Dieser ist nicht auf Leistungsaustausch, sondern auf Leistungsvereinigung gerichtet, durch die der gesetzte Zweck verfolgt werden soll.

1) Erman S. 53 ff., insbes. S.56.

2) Vgl. oben S. 43

Die Zweckverfolgung wird dadurch eine gemeinsame, und ebenso alle Angelegenheiten, die sich daraus ergeben ¹⁾. Die Ordnung dieser Gemeinschaftssphäre, die dadurch entsteht, schafft das Gesetz durch die Bestimmungen über die Geschäftsführung, die Vertretung und die Kontrollrechte der Gesellschafter. Diese Normen "weisen den Beteiligten bestimmte Befugnisse zu, kraft deren sie auf den gemeinschaftlichen Rechtskreis einwirken können" ²⁾. Die Regelungen sind zwar im einzelnen abdingbar, immer bedarf es aber "einer wenn auch nur losen Gemeinschaftsorganisation, die den Gesellschaftswillen verkörpert und jedem Beteiligten gewisse Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten gibt" ³⁾.

Auf der anderen Seite schafft diese Gemeinschaftsorganisation keine gegenüber den Mitgliedern der Gesellschaft selbstständigen Organe. Die Personengesellschaft ist kein rechtsfähiger Verband. Es gibt zwar eine Organisation und die Möglichkeit der geordneten Bildung eines Gesamtwillens, er ist aber vom Willen der Gesellschafter nicht so weit abgelöst wie etwa bei der Aktiengesellschaft oder der GmbH. Auch im Falle einer Allein- oder einer Mehrheitsentscheidung bleibt er stets der Wille der Gesellschafter, insofern solche Entscheidungen nur mit Rücksicht auf entsprechende vertragliche Vereinbarungen aller Gesellschafter wirksam sind.

Der Bestand der Gesellschaft ist grundsätzlich an die Personen der Gesellschafter gebunden. Die Stellung in der Personengesellschaft läßt sich nicht auf einen Dritten übertragen. Es gibt keinen veräußerbaren Gesellschaftsanteil. Ein Gesellschafterwechsel kann nur durch einverständliches Ausscheiden und Neueintreten eines Dritten erfolgen. Die Personengesellschaft weist danach zwar immer auch eine Gemeinschaftsorganisation auf, die einzelnen Pflichten bleiben aber ihrer Natur nach schuldrechtliche, da die

1) Larenz SchR II S. 249.

2) Larenz in Iherings Jb. 83 S. 143.

3) BGH in NJW 1951, 308.

Verbandsgenossen ihre Erfüllung nicht dem Verbands, sondern einander, wenn auch im Hinblick auf die Gemeinschaft, schulden¹⁾. Dieses Ergebnis, daß die Gesellschafter ihre Leistungen einander als Personen schulden und daß sie nicht aus einem mehr oder weniger allein auf die Erbringung von geldwerten Leistungen gerichteten Schuldverhältnis, sondern aus einem engen persönlichen Zusammenschluß herrühren, ist für unsere Frage entscheidend.

Im Gesetz ist dieses Gemeinschaftsmoment begrifflich darin zum Ausdruck gekommen, daß die Personengesellschaft "Gesamthandsgemeinschaft" ist. Die Rechtsfolgen dieser Tatsache ergeben sich aus den vermögensrechtlichen Bestimmungen der §§ 718, 719, 738 BGB, wonach das Gesellschaftsvermögen der Verfügung des einzelnen Gesellschafters entzogen ist, und zwar in der Weise, daß er nicht nur -wie bei der societasschuldrechtlich gehindert ist, über das Vermögen entgegen dem Gesellschaftsrecht zu verfügen, sondern daß er zu einer wirksamen Verfügung überhaupt außerstande ist.

Während der Gemeinschaftsgedanke in den vermögensrechtlichen Bestimmungen also voll zum Ausdruck gekommen ist, ist die personenrechtliche Seite im Gesetz nur lückenhaft ausgestaltet worden. Die enge Bindung ist aber nicht auf die vermögensrechtliche Seite beschränkt, diese ist nicht einmal das Primäre. Wir können insoweit auch für die gesetzlich normierte Personengesellschaft der Auffassung Otto v. Gierkes zustimmen, wonach die personenrechtliche Verbindung am Anfang steht und die güterrechtliche Ausgestaltung des Gesamthandsprinzips nur dazu dient, der personenrechtlichen Gemeinschaft vermögensrechtliche Wirksamkeit zu verschaffen²⁾.

1) Hoeniger, Nachwort zu Schafheutle S. 97; vgl. zur Doppelnatur des Gesellschaftsverhältnisses ferner Larenz SchR II S. 249; Rittner, Unternehmen und freier Beruf S. 13.

2) O.v.Gierke, Genossenschaftstheorie S. 343 und 353; Dtsch. Privatrecht I S. 669, 675 ff; zustimmend Larenz in Iherings Jb 83, S. 147 und SchR II S. 251. Damit deckt sich, daß das Bestehen eines Gesamthandsvermögens nicht notwendige Voraussetzung für die Existenz einer Personengesellschaft ist.

In diesem Sinne bringt das Gesellschaftsverhältnis wie Hueck sagt¹⁾, "nach der im deutschen Recht seit jeher maßgebenden Auffassung", abgesehen von der Frage der Verfügungsmacht, eine enge persönliche Verbundenheit der Beteiligten mit sich und begründet "eine gegenseitige Treuepflicht, die über die im allgemeinen Schuldrecht geltenden Treubeziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger weit hinausgeht"²⁾. Es entsteht eine Gemeinschaftssphäre, innerhalb deren eine starke "sozialrechtliche Gebundenheit und Verbundenheit der Gemeinschaftler" besteht³⁾. Das Rechtsverhältnis hat insofern einen Inhalt, der nicht schon in jedem Schuldverhältnis, sondern nur in einem "echten personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" besteht⁴⁾.

Diese heute übliche⁵⁾ Charakterisierung als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis geht auf O.v.Gierke zurück⁶⁾. Sie wird ebenso für das Arbeitsverhältnis verwandt, das ebenfalls eine besonders enge Beziehung zwischen den Beteiligten schafft und die Erfüllung besonderer Treuepflichten verlangt⁷⁾, wenn die Entstehung dieser Rechtswirkungen auch auf anderen Momenten beruht als bei der Gesellschaft.

Für die Gesellschaften gilt, daß das Moment der Leistungsvereinigung auf Zeit den schuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander diesen besonderen Inhalt gibt, wobei der Zusammenschluß aber nur soweit reicht, daß die beteiligten Personen weiterhin als Rechtssubjekte beim geschäftlichen Tätigwerden der Gesellschaft auftreten, wenn die Wirksamkeit des Zusammenschlusses auch immer eine Gemeinschaftsorganisation erfordert, die den Gesellschaftswillen verkörpert.

1) Hueck OHG S. 34.

2) Hueck a.a.O. Festschrift für Hübner S. 72 und Treuegedanke im modernen Privatrecht S. 12 f; Geiler bei Staud. (10. Aufl.) Anm. 24 vor § 705 und Anm. 57 zu § 705 BGB.

3) Geiler bei Düring-Hachenburg II.Bd. 1. Hälfte Anm. 4

4) Larenz SchR I S. 102 Anm.1 (§ 10 I) u. S. 4 (§ 2 I).

5) Hueck OHG S. 33.

6) O.v.Gierke u.a. in Dtsch.Privatrecht I S. 660 ff.

7) Vgl. etwa Nikisch ArbR I S. 168 (§ 19 II 5), 174 (§ 19 IV), 247 ff (§ 25), 445 ff (§ 34).

Deshalb muß stets die einzelne beteiligte Person in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt werden, wenn auch ihre Belange aus dem Gesichtspunkt der Gebundenheit in dem Verband möglicherweise im Einzelfall hinter den Belangen der Gemeinschaft als solcher zurücktreten müssen. O.v.Gierke hatte die Personengesellschaften insoweit bereits zutreffend von den Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit abgehoben, was sich vor allem darin widerspiegelt, daß es zur Begründung nach seiner Ansicht nur für diese eines eigenartigen "sozialrechtlichen Konstitutivaktes"¹⁾ bedarf, während für die Personengesellschaften dagegen ein "Rechtsgeschäft" nach allgemeinem Recht genügt, wenn auch modifiziert als eigenständiger "personenrechtlicher deutscher Gesellschaftsvertrag".

4. Das Moment der Verantwortung bei der rechtsgeschäftlichen Betätigung.

Wir stehen damit bei der entscheidenden Frage, ob die soeben herausgestellten Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses es gestatten, für die Personengesellschaften einen eigentümlichen Begründungstatbestand anzunehmen, wie es in der Auseinandersetzung über die "faktische Gesellschaft" etwa Julius v.Gierke, Siebert, Haupt, Schumann und Simitis getan haben²⁾.

a) Ablehnung der auf das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Dritten bezogenen Begründungen.

Die besonderen Merkmale der Gesellschaftsverhältnisse gegenüber den Verkehrsgeschäften des Schuldrechts haben wir darin zu sehen, daß die Gesellschaften im Gegensatz zu jenen Rechtsverhältnisse sind, die in besonderer Weise nach außen in Erscheinung treten, indem die Gesellschafter unter dem Namen der Gesellschaft mit Dritten Geschäfte abschließen, daß sie im Innenverhältnis zugleich Personenverband sind, d.h. organisierte Gemeinschaft, und Schuldverhältnis, wobei dieses als personenrechtliches eine enge Verbundenheit mit besonderen Treuepflichten unter den Beteiligten schafft.

1) O.v.Gierke, Dtsch.Privatrecht I S.486 und Genossenschaftstheorie S. 121 ff.

2) Vgl. oben S. 17 und 18-23.

In Beobachtung dieser Besonderheiten könnte man einen fehlerhaften Vertragsschluß für den Fall des Vollzuges der Gesellschaft zunächst mit Rücksicht auf das Außenverhältnis zur Begründung einer Gesellschaft genügen lassen, da die Gläubiger geschützt werden müssen, die im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der ihnen gegenüber tretenden Gesellschaft mit dieser Geschäfte abgeschlossen hatten. Wie wir oben gesehen haben ¹⁾, erfordert ein solcher Schutz jedoch nicht unbedingt die Anerkennung des Gesellschaftsverhältnisses auch im Innenverhältnis.

Die Normen des Gesellschaftsrechts lassen sich insoweit auch teilweise anwenden, als man die Gesellschafter im Außenverhältnis so stellt, wie sie bei Gültigkeit der Gesellschaft stehen würden, während man im Innenverhältnis an der Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses festhält ²⁾. Eine solche Diskrepanz in der Behandlung von Innenverhältnis und Außenverhältnis wäre in unserem Recht durchaus kein Einzelfall, wie etwa das gesetzliche Beispiel der Stellvertretung zeigt, wenn Außenverhältnis und Innenverhältnis hier und dort auch nicht dasselbe sind.

Eine andere Argumentation, die an die Betrachtung der fehlerhaften Gesellschaft von außen anknüpft, wäre die, daß die Gesellschaft rein tatsächlich als solche tätig geworden sei und daß man diese Tatsache nicht aus der Welt schaffen könne. In dieser Form ist das Argument, wie bereits oft festgestellt worden ist ³⁾, sicher nicht stichhaltig, da es bei der rechtlichen Einordnung des Rechtsverhältnisses nicht um die Rückgängigmachung der rein tatsächlichen Vorgänge, sondern allein um ihre rechtliche Bewertung geht. Mag auch eine soziologische Betrachtung zu Recht zu dem Ergebnis kommen, daß in einem sozio-

1) Vgl. oben S. 3f.

2) Vgl. a.a.O.

3) Z.B. Wieacker in ZAKDR 1943, 34. Haupt wird diese Verwechslung, wie die Ausführungen in Fakt. Vertragsverh., insbes. S.28, beweisen, allerdings zu Unrecht vorgeworfen. Gegen Haupt kann man allein anführen und zu beweisen suchen, daß er falsch gewertet habe.

logischen Sinn eine "Gesellschaft" bestanden hat, so zwingt das den Juristen nicht, auf dieses Gebilde die vom Gesetz für die vertragliche Gesellschaft vorgesehenen Normen anzuwenden.

Eine dritte Art der Argumentation könnte darin gefunden werden, daß man sagt, die Interessen des einzelnen Gesellschafters, der den Vertragsfehler geltend mache, müßten hinter dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Unternehmens zurücktreten, so daß deshalb auch ein fehlerhafter Vertrag im Falle des Vollzuges zur Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses genüge¹⁾. Zwar bedeutet die Erhaltung des vorhandenen Unternehmens in der Tat einen zu schützenden Rechtswert²⁾, Lehmann erklärt die möglichste Festigung und Erhaltung des sozialen Verbandes, seines Vermögens und Unternehmens sogar zum wichtigsten Leitgedanken des Gesellschaftsrechts³⁾. Das Argument läßt sich unmittelbar jedoch nur für den Zeitraum nach Geltendmachung des Vertragsfehlers verwenden, da die rechtliche Beurteilung für den Bestand des Unternehmens in der Vergangenheit unerheblich ist. Für den Zeitraum der Zukunft tritt der Rechtswert der Erhaltung dann in Konkurrenz zu dem Rechtswert der ausschließlichen Bindung der Person durch fehlerfreies Rechtsgeschäft. Insofern ist man sich aber heute einig, daß die Privatautonomie vorgeht, und man läßt den ursprünglichen Vertragsfehler von gewissen Ausnahmen abgesehen als Auflösungsgrund ausreichen⁴⁾.

b) Die Beziehungen im Innenverhältnis und die Möglichkeit ihrer rechtlichen Wertung.

Diese Eingrenzung zeigt, daß die Probleme der fehlerhaften Gesellschaften nicht nur, was immer wieder betont wird, bezüglich der praktischen Rechtsfragen ein Problem des Innenverhältnisses sind, sondern daß allein die Beziehungen der Gesellschafter untereinander bei der Feststellung der

1) So heute Simitis S. 130: Zurückdrängung der individuellen Belange zugunsten der Erhaltung des Unternehmens.

2) Vgl. Rittner, Unternehmen und freier Beruf S. 17 f: "Die vom Unternehmer geschaffene Kombination verschiedener Produktionsmittel soll als solche tunlichst erhalten bleiben; sie ist ein schutzwürdiges Gut."

3) Lehmann GesR S. 52

4) Grundlegend BGHZ 3, 285; vgl. die einschlägige Literatur oben S. 12 u. 13

gerechten Ordnung die bei der Wertung heranzuziehenden Umstände sind. Die maßgeblichen Ordnungsgesichtspunkte müssen allein aus dem Innenverhältnis gewonnen werden, so daß die genaue Frage nunmehr lautet: Sind die Beziehungen der Gesellschafter untereinander in der fehlerhaften vollzogenen Gesellschaft derart, daß statt der Ordnung des Bereicherungsrechts unter ihnen gerechterweise eine andere, möglicherweise eine gesellschaftsrechtliche mit der Bejahung eines Organisationsverhältnisses und primärer schuldrechtlicher Leistungspflichten gelten muß ?

Leistungspflichten werden in Bereichen, die wie das Recht der Personengesellschaften der Selbstbestimmung unterliegen, durch Rechtsgeschäft begründet. Im Falle eines vertraglich begründbaren Schuldverhältnisses entsteht dieses mit Abgabe und Zugang zweier sich deckender auf seine Entstehung gerichteter Willenserklärungen. Dabei muß man davon ausgehen, daß nicht der Wille der Vertragspartner aus einer Willensherrschaft von sich aus das Schuldverhältnis schafft, sondern daß sich die Verbindlichkeit der von den Parteien gesetzten Ordnung aus dem Gesetz ergibt, das die Setzung von Ordnungen durch die Rechtsgenossen in bestimmten Grenzen sanktioniert¹⁾.

Hinter dieser Sanktion steht die Entscheidung des Gesetzes für ein Recht auf Selbstgestaltung von Ordnungen. Diese Anerkennung der selbstgesetzten Ordnung muß aber zum Schutze der Beteiligten oder -in den Fällen der §§ 134, 138 BGB- zum Schutze der Allgemeinheit dort ihre Grenze finden, wo nicht mehr gewährleistet ist, daß die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten eine gerechte Ordnung darstellen, d.h. wenn das Rechtsgeschäft an einem Fehler leidet. Trotzdem wäre die Anerkennung eines Schuldverhältnisses auch in solchen Fällen möglich, wenn nach dem Maßstab der gerechten Ordnung die besondere Art der zwischen

1) Rittner in HDSW Bd.11 S. 264 Sp.1; Raiser in "100 Jahre dtsch. Rechtsleben" Bd. I S. 115.

den Beteiligten entstandenen Beziehungen die Anerkennung eines Schuldverhältnisses erforderte. Denn die Privatautonomie beruht nicht auf dem Prinzip der Willensherrschaft, was möglicherweise von vornherein eine Verpflichtung durch fehlerhaftes Rechtsgeschäft ausschlosse, sondern auf dem Gedanken der Ordnungssatzungsbefugnis in den Grenzen des materiell Richtigen ¹⁾. Es fragt sich, ob danach die fehlerhafte Gesellschaft als gesellschaftsrechtliches Schuldverhältnis anerkannt werden kann.

Das Gesetz hat das im Falle der Verkehrsgeschäfte wie wir gesehen haben ²⁾, nicht getan. Das Gesetz hat die Wertung dahin getroffen, daß die gesetzte Ordnung im Falle eines Willensmangels einer Partei oder eines anderen Fehlers, etwa eines Formverstoßes oder eines Verstoßes gegen die guten Sitten oder das Gesetz, nicht gültig sein soll.

Wir müssen diese Wertung auch für die Fälle der Gesellschaften solange gelten lassen, wie das Gesellschaftsverhältnis noch nicht in Vollzug gesetzt worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt hat sich der eigenartige Charakter des Gesellschaftsverhältnisses unter den Beteiligten im Vergleich zu den an Verkehrsgeschäften Beteiligten noch nicht so weit ausgewirkt, daß er eine andere Behandlung erfordern könnte. Eine Gemeinschaft mit persönlicher Verbundenheit wäre auch bei gültigem Vertrage noch nicht entstanden, da sie sich gerade erst durch den Vollzug bildet; ebenso fehlt es noch an einer Vermögensgemeinschaft. Ein Schuldverhältnis kann deshalb allenfalls mit negativen Verhaltenspflichten aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo angenommen werden, was jedoch im Einzelfall mit Rücksicht auf den Umfang der von den Beteiligten getroffenen

1) Vgl. dazu unten S. 78 f.

2) Siehe oben S. 44 ff., zusammenfassend S. 48 f.

Vorbereitungen von besonderer Bedeutung sein kann¹⁾.

Wie ist die Frage nach der Entstehung eines Schuldverhältnisses mit primären Leistungspflichten aber nach Invollzugsetzung des Gesellschaftsverhältnisses zu beurteilen ? Für den Fall, daß wir die Entstehung eines solchen Schuldverhältnisses bejahen würden, wäre hier der tatsächliche Vollzug notwendige Voraussetzung für diese Entstehung. Haben wir damit aber nicht die Frage der Entstehung des Schuldverhältnisses aus fehlerhaftem Rechtsgeschäft bereits verneint und fragen nur noch nach der Entstehung aus objektiven, vom Willen der Beteiligten unabhängigen Vorgängen ? Dieses Bedenken träfe zu, wenn wir die rechtsgeschäftliche Betätigung nur in dem einmaligen Vorgang des Vertragschlusses sehen dürften. Zwar sind wir an eine solche Betrachtungsweise von den Verkehrsgeschäften her gewöhnt. Die rechtsgeschäftliche Betätigung besteht danach in dem Abschluß des Rechtsgeschäfts durch Abgabe von Willenserklärungen, die nachfolgenden Erfüllungshandlungen sind für die Frage der Entstehung von Schuldverhältnissen jedoch unerheblich. Zwar erkennt man an, daß das Schuldverhältnis nichts Statisches ist, sondern einem Prozeß unterliegt und seinen Inhalt verändern kann²⁾, ist der Vertrag jedoch von Anfang an fehlerhaft, so kann das Schuldverhältnis auch durch Erfüllung nicht mehr entstehen³⁾.

Gilt diese Wertung auch für die Gesellschaftsverhältnisse ? Der Bereich der Rechtsgeschäfte ist der Bereich der Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen nach dem Willen der Beteiligten⁴⁾. In Anerkennung des Rechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird den Rechtsgenossen das Recht

-
- 1) Vgl. auch die gesetzlichen Ansprüche aus §§ 122 und 307 BGB. Die Frage der Behandlung des Gründungsstadiums wird allgemein als unproblematisch angesehen. Vgl. z.B. Hueck OHG S. 46.
 - 2) Vgl. etwa Larenz SchR I S. 21 (§ 2 V).
 - 3) Abgesehen von den Fällen der Heilung eines Formmangels, denen aber kein allgemeines Prinzip zugrunde liegt.
 - 4) Flume in "100 Jahre dtsh.Rechtsleben" Bd.I S. 136.

zugestanden, im Rahmen der geltenden Rechtsordnung die eigenen Beziehungen selbstverbindlich zu regeln. Soweit nicht besondere zwingende Vorschriften die Vertragsfreiheit einschränken, gilt zwischen den Beteiligten das Prinzip der Vertragsfreiheit und als dessen Momente die Abschlußfreiheit, die Partnerfreiheit, die Inhaltsfreiheit, die Formfreiheit und die Abänderungs- und Aufhebungsfreiheit¹⁾. Wir verstehen die Privatautonomie somit als ein Recht auf Selbstbestimmung und eine Freiheit von Fremdbestimmung²⁾. Dieser Freiheit der Person entspricht notwendig, insofern das Recht zur Selbstgestaltung überhaupt einen Sinn haben soll, ihre Bindung an die im Einzelfall selbstgestaltete Ordnung. Wir finden sie für den Fall des fehlerfreien Rechtsgeschäftes in der Form der Bindung an das Vereinbarte. Sie hat ihren Ausdruck gefunden in der Formel: *pacta sunt servanda*.

Wir dürfen dieses Prinzip der Selbstverantwortung bei der Selbstgestaltung³⁾ jedoch heute auch in gewissem Sinne auf die fehlgeschlagenen Rechtsgeschäfte übertragen. Nicht indem wir die vertraglich beabsichtigte Ordnung allein aufgrund der Vereinbarung für verbindlich erklären; sie bleibt mit Rücksicht auf ihr Zustandekommen fehlerhaft. Der Gedanke läßt sich aber in dem Sinne anwenden, daß die Parteien im Verhältnis zueinander in besonderem Maße als für die Vorgänge und Beziehungen verantwortlich anzusehen sind, die sich im Anschluß an die fehlgeschlagene Setzung einer Ordnung entwickelt haben. In diesem Sinne sind auch die auf fehlerhafter Grundlage erfolgenden Vollzugsakte wie der Abschluß des fehlerhaften Vertrages selbst vom Recht zu bewertende Rechtshandlungen, die ihren Ursprung in dem Willen der Beteiligten zur Selbstgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen haben und deshalb unter dem Prinzip einer erhöhten Verantwortung der Beteiligten jeweils gegenüber dem anderen stehen.

1) Vgl. Rittner in HDSW Bd. 11 S. 268.

2) Flume a.a.O. S. 141; Raiser a.a.O. S. 104.

3) Flume a.a.O. S. 159 f.

c) Nachweis veränderter Rechtsanschauungen über die Verantwortlichkeit des Einzelnen in der Gemeinschaft.

Wir verkennen dabei allerdings nicht, daß es sich bei einem solchen Ausbau der Lehre vom Rechtsgeschäft nicht um eine Ausgestaltung im Sinne der historischen Gesetzgeber oder der Quellen handelt, auf die die Rechtsgeschäftslehre des BGB zurückgeht, sondern um einen Ausbau in Anwendung gewisser veränderter Rechtsanschauungen, die sich gerade auf die Anerkennung des Einzelnen als in der Gemeinschaft stehende und ihr verpflichtete Person beziehen.

Wenden wir diese Gedanken bei der Lösung der fehlerhaften Gesellschaft an, so füllen wir also eine schon bei Kodifizierung des BGB bestehende Lücke, die sich aus einer zu weit getriebenen Abstraktion und Verallgemeinerung der Regeln über die Entstehung und Abwicklung von Schuldverhältnissen ergibt, aus den heute geltenden veränderten Anschauungen über die Verantwortlichkeit des Einzelnen in der Gemeinschaft aus.

Das BGB kennt eine solche Verantwortlichkeit ursprünglich nicht. Es geht eher auf das Prinzip der wechselseitigen ursprünglich gänzlichen Unverbundenheit aller Beteiligten zurück¹⁾. Es hat seine Wurzeln im späten Naturrecht der Aufklärung²⁾, das von einem -wie von Hippel es nennt- "rein diesseitig und asozial-egoistisch gefaßten Individuellen, von dem Urstreben und Urrechte eines jeden Einzelnen auf seine konfliktfrei-isolierte höchste Freiheit, Vollkommenheit, Glückseligkeit usw." ausgeht, von einem absoluten und negativen Gebot wechselseitiger Nichtstörung³⁾.

Selbst in privatautonomer Selbstgestaltung erkennt man nur die Einbuße an Freiheit durch Selbstbindung und nicht die positiven Möglichkeiten der Selbstsetzung von Ordnungen⁴⁾. Es gilt: "Ich bin frei. Alle anderen sind auch frei"⁵⁾.

1) Fritz v.Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, S. 44.

2) Coing bei Staud. Anm. 2 c Einl. zu §§ 104 ff. BGB.

3) v.Hippel a.a.O. S. 45 Anm. 34; Wieacker, Sozialmodell S.19, bezeichnet diese Auffassung als Ausdruck der klassisch-römischen und pandektistischen individuellen Willens- und Freiheitsethik.

4) Vgl. die Nachweise bei v.Hippel a.a.O. S. 47 Anm. 38.

5) Vgl. v. Hippel a.a.O. S. 46.

Zwar hat auch das BGB demgegenüber verschiedene Regelungen sozialen Charakters getroffen, z.B. die Bestimmungen gegen Mißbrauch der Vertragsfreiheit (§ 138 Abs.1 u.Abs.2), über Herabsetzung der Vertragsstrafe (§ 343), Mieterschutz (§ 571) und Schutz des Dienstverpflichteten (§§ 616-619,626).

Alles in allem halten sich diese Bestimmungen aber -mit Wieackers Worten- im Rahmen der "ethischen Minimalforderung eines ehrenhaften und vernünftigen Wirtschaftsliberalismus"¹⁾.

Weit darüberhinausgehend läßt sich heute ein Gesinnungswandel und eine berichtigte Grundeinstellung gegenüber dem Nächsten und der Gemeinschaft feststellen. Fritz v. Hippel spricht sogar von einer "Zeitenwende vom liberalen Individualismus zur sozialen Mitverantwortung"²⁾. Die Forderung nach der Anerkennung des Pflichtgedankens als unlösbares Korrelat jeder Berechtigung oder Begünstigung³⁾, wie sie schon früh von Otto v. Guericke gestellt worden war, wird durch Rechtslehre und Rechtsprechung insbesondere in Anwendung des Gebots des § 242 BGB immer stärker erfüllt⁴⁾. Der andere Teil ist vom Vertrags g e g n e r zum Vertrags- p a r t n e r geworden⁵⁾.

Hand in Hand damit geht eine Veränderung im rechtssystematischen Verständnis des einzelnen Rechtsgenossen. Er wird nicht mehr vom privaten Vermögensrecht her begriffen, was ihn zum bloßen Rechtssubjekt zusammenschrumpfen ließ, sondern als Rechtsperson, die ihre Charakterisierung aus ihrer Stellung in der Rechtsgemeinschaft erfährt⁶⁾. Diese Person ist der Mensch als das Wesen, das sein Handeln in Selbstverantwortung gestalten kann und dem Achtung gezöhrt⁷⁾.

- 1) Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit S. 290.
- 2) v.Hippel a.a.O. S. 50 Anm. 45; im Ergebnis ebenso Wieacker, Sozialmodell S. 18 ff.
- 3) Vgl. v. Hippel a.a.O. S. 52 Anm. 48 und Erik Wolf, Große Rechtsdenker S. 676.
- 4) Zur Herleitung dieser Beziehung aus dem Personenbegriff vgl. Larenz, Methodenlehre S. 364.
- 5) v. Hippel a.a.O. S. 50.
- 6) Rittner, Unternehmen und freier Beruf S. 15.
- 7) Larenz a.a.O. S. 363

Sie ist Trägerin des Rechtes auf Selbstgestaltung in Selbstverantwortung.

Den gleichen Tatbestand von einem etwas anderen Ansatzpunkt aus untersuchend, kommt Wieacker zu dem Ergebnis, daß dem BGB ohne Preisgabe der ziviljuristischen Tradition ein neues Sozialmodell unterlegt worden sei¹⁾. Während das BGB das Schuldverhältnis noch mit der einzelnen Obligation identifiziere, werde es heute von Lehre und Rechtsprechung als sozialer Sachverhalt, als eine "die Obligation transzendierende Rechtslage" angesehen²⁾. So können auch dem Gläubiger eines einseitig verpflichtenden Vertrages vertragliche Rechtspflichten im Verhältnis zum Schuldner obliegen. Und schließlich gehört auch die oben dargelegte³⁾ Anerkennung von Verhaltenspflichten aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo in diese Reihe und ebenfalls die Anerkennung solcher Pflichten in dem auf fehlerhafter Grundlage vollzogenen Rechtsverhältnis⁴⁾.

Zur Vervollständigung des Nachweises eines solchen Gesinnungswandels in der Rechtsanwendung zu einer sozialen Verantwortungsethik hin seien hier außerdem noch die von Wieacker angeführten Beispiele⁵⁾ der Ausarbeitung einer Vertrauensheorie bei der Auslegung von Willenserklärungen, der Lehre von der Geschäftsgrundlage und der Anerkennung des Verbots des Rechtsmißbrauchs sowie einer Begrenzung der Duldungspflicht des Eigentümers nach § 906 BGB genannt. Abgesehen von der Haftung für Delikt gibt es danach heute auch im Bereich der Selbstgestaltung von Rechtsbeziehungen "Verpflichtungen, Haftungen und Rechtsbegrenzungen, die den Parteien einfach durch das objektive Recht auferlegt werden"⁶⁾.

1) Wieacker Sozialmodell S. 18.

2) Wieacker a.a.O. S. 19; vgl. z.B. Larenz SchR I S. 4 ff.

3) Vgl. oben S. 47 f.

4) Auch Wieacker a.a.O. S. 18, stellt das Problem der fehlerhaften Gesellschaft in diesen Rahmen; ebenso Esser SchR S. 20 (§ 7,4) und S. 33 f. (§ 10,4).

5) a.a.O. S. 18 - 20.

6) Going bei Staud. Anm. 2 d. Einl. vor §§ 104 ff. BGB.

Auf der anderen Seite dürfen diese Einsichten in die Verantwortlichkeit des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft nicht dazu führen, die Stärkung und Erhaltung der Gemeinschaft schlechthin als einen vor den Interessen der einzelnen Personen vorrangigen Wert anzusehen, wie das für das Arbeits- und Gesellschaftsrecht vor allem in den Jahren nach 1933 vertreten wurde und wozu ebenfalls Otto v. Gierke, und zwar seine Auffassung vom "lebenden Sozialverhältnis", den Ausgangspunkt bieten konnte ¹⁾. Eine Rechtsordnung, die die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Grundwert bejaht ²⁾, muß grundsätzlich von der -wenn auch in der Gemeinschaft gebundenen so doch- freien Person ausgehen, die im Prinzip über die gesetzlichen Tatbestände, wie Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubte Handlung und Bereicherung hinaus nur durch fehlerfreie Selbstgestaltung gebunden und verpflichtet wird.

Die Entstehung von Schuldverhältnissen trotz fehlerhafter Grundlage kann deshalb aus dem Gesichtspunkt der Selbstverantwortung für die durch den nachfolgenden Vollzug entstehenden Vorgänge und Beziehungen nur dann gerechtfertigt werden, wenn die besondere Art dieser Rechtsbeziehungen es erfordert und soweit der verbindlich gesetzte rechtspolitische Zweck der betreffenden Fehlernorm nicht verfehlt wird; denn es handelt sich anders als bei einer Anerkennung des Faktischen aus dem Gesichtspunkt, daß das Leben die Rechtsbeziehungen eben so gestaltet habe ³⁾, um eine Begründung des Schuldverhältnisses aus dem Gesichtspunkt der rechtsgeschäftlichen Betätigung, so daß der menschliche Wille und der im Nichtigkeitsgebot zum Ausdruck gekommene rechtspolitische Zweck weiterhin -wenn auch abgeschwächt- die verbindlichen Maßstäbe bleiben.

-
- 1) Vgl. dazu Esser, AcP 157 S.92 f. Unter diese Auffassungen muß auch die heute von Siebert aufgegebenen Lehre von der Gestaltungskraft des Unternehmens gerechnet werden (vgl. oben S. 19 f.). Bei Haupt (vgl. oben S. 21 f.) stand im Gegensatz dazu die Suche nach einer klaren dogmatischen Einordnung im Vordergrund. Vgl. dazu Wieacker in Göttinger Festschrift S. 263 ff.
 - 2) Vgl. dazu auch Flume a.a.O. S. 142 f.
 - 3) So Haupt, Fakt. Vertragsverh. S. 28.

Wir haben gesehen, daß die Entstehung eines Schuldverhältnisses über negative Verhaltenspflichten hinaus bei den Verkehrsgeschäften unter diesen Gesichtspunkten abzulehnen war, wir werden jedoch feststellen, daß bei den fehlerhaften Gesellschaften besondere Umstände vorliegen, die die Annahme der Entstehung eines gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses bei bestimmten Vertragsfehlerarten in gewissen Grenzen erfordern.

5. Die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis und ihre Grenzen.

a) Gründe für die Anerkennung.

aa. Tatsächliche Inanspruchnahme der Gemeinschaft.

Das Gesellschaftsverhältnis wurde von uns als personenrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis gekennzeichnet, als ein Rechtsverhältnis, das im Rahmen der gesetzten Zwecke eine besondere persönliche Verbundenheit unter den Beteiligten schafft.

Nun ließe sich sagen, daß diese Charakterisierung für die fehlerhaften Gesellschaften ohne Bedeutung sei, da sie nur für die gesetzlich wirksam zustandegekommenen Gesellschaften gelte, die Eigenschaft "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" allein auf dem fehlerfreien Vertrage beruhe. Das wäre jedoch zumindest insofern nicht zutreffend, als man damit zugleich behaupten wollte, das fehlerhafte vollzogene Gesellschaftsverhältnis habe wegen des Vertragsfehlers überhaupt keine "Gemeinschaft" unter den Beteiligten aufkommen lassen; denn zumindest hat als soziologisches Faktum eine Gemeinschaft insoweit bestanden, als die Beteiligten ihre Einlagen als gemeinsames Vermögen behandelt haben, als sie bei den Geschäften der Gesellschaft im Hinblick auf das gemeinsame Vermögen mitgewirkt haben, als sie sich mit Rücksicht auf den gemeinsam gesetzten Zweck schädigender Handlungen enthalten und sich tatsächlich der Mitbestimmung und der Aufsicht der Mitgesellschafter unterworfen haben.

Eine andere Frage ist nur, ob diese soziologische "Gemeinschaft" so zu bewerten ist, daß die Beteiligten auch zur Förderung des gemeinschaftlichen Zwecks und damit der Gemeinschaft verpflichtet waren, so wie es in der rechtlich anerkannten Gesellschaft der Fall ist. Das aber erscheint uns mit Rücksicht auf die erhöhte Selbstverantwortung der Beteiligten für die Entstehung dieser Gemeinschaft und mit Rücksicht auf die besondere Natur der Vorgänge in der Gemeinschaft bei bestimmten Vertragsfehlerarten für den Zeitraum der Vergangenheit erforderlich.

Jeder Beteiligte, auch etwa der, der sich aufgrund eines beachtlichen Irrtums oder aufgrund eines auf Dissens beruhenden Vertrages am Vollzug der Gesellschaft beteiligt hat, hat damit tatsächlich eine Gemeinschaft in Anspruch genommen; denn hinsichtlich des tatsächlichen Sachverhalts müssen wir dabei davon ausgehen, daß die Vorgänge in der fehlerhaften Gesellschaft, solange der Fehler nicht offenbar ist, denen in der fehlerfreien Gesellschaft grundsätzlich gleichen. Wir müssen sie aber auch in der rechtlichen Bewertung einander in gewissem Umfang gleichstellen. Wir müssen das Verhalten der Beteiligten seiner Eigenart entsprechend würdigen, daß es nämlich unter den Beteiligten nicht auf den Austausch von Sachgütern hinzielt wie etwa beim Kauf, sondern daß es auf die Personen aller Beteiligten und auf die Gemeinschaft ausgerichtet ist. Diese Leistungen sind ihrer Natur nach nicht auf ein Objekt gerichtet, sondern auf die Förderung des von der Personengemeinschaft gesetzten Zwecks. Die Leistungen sind an die Person des Leistenden gebunden und nicht austauschbar, insofern er nicht eine Sachleistung, sondern eine persönliche Leistung erbracht hat.

Das trifft zwar nicht zu, solange die Gesellschaft noch nicht in Vollzug gesetzt worden ist. Ist der Gesellschaftsvertrag fehlerhaft, so bleibt die Leistung von Sach- oder Bareinlagen so lange eine reine Sachleistung, wie nicht weitere tatsächliche Vorgänge -besondere Vorbereitungsarbeiten im Innenverhältnis oder die Aufnahme der Geschäfte nach außen- unter den Beteiligten eine sich auf die gemeinsame Zweckverfolgung gründende Gemeinschaftsbeziehung geschaffen haben.

Dann stellt sich das Verhalten der Beteiligten jeweils als gemeinschaftsbezogene persönliche Leistung dar, die entweder die Gemeinschaft gefördert oder ihr geschadet hat. Die rechtliche Ordnung für die Vorgänge in der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaft, nach der wir suchen, muß diese Vorgänge nun bewerten und eine gerechte Auflösung der Beziehungen ermöglichen.

Wir erkennen nun deutlich, warum das Deliktsrecht und das Bereicherungsrecht diesen Ordnungsfragen nicht gerecht werden. Das Deliktsrecht kann der Struktur der Rechtsverhältnisse nicht gerecht werden, da es von Rechtshandlungen unter unverbunden nebeneinander stehenden Personen ausgeht und die Eigenarten des gemeinschaftsbezogenen Verhältnisses der Gesellschafter nicht trifft. Das Bereicherungsrecht setzt stets eine zurückgebbare Leistung und damit eine Sachleistung voraus, welche die Handlungen in der fehlerhaften Gesellschaft, sobald diese in Vollzug gesetzt worden ist, gerade nicht sind. Sie sind dann persönliche Leistungen an die Gemeinschaft, die durch einen rein vermögensrechtlichen Ausgleich als solche nicht erfaßt werden könnten.

Jeder Beteiligte war Glied einer Gemeinschaft, in der sich jeder für einen gewissen Zeitraum in gewissen Grenzen seiner Selbständigkeit begeben und sich in den Gesellschaftsangelegenheiten der Mitentscheidung und Aufsicht der Mitgesellschafter unterworfen hat ¹⁾. Der einzelne Gesellschafter hat durch seine tatsächliche Beteiligung eine Gemeinschaft und damit als Teil der Gemeinschaft Leistungen in Anspruch genommen, die er ihrer Natur nach nicht zurückgeben kann.

Die Untersuchung führt uns damit zu der Gesetzesbestimmung des § 346 Satz 2 BGB zurück ²⁾, wonach auch im Rücktrittsfalle die für geleistete Dienste oder die Nutzung einer Sache vereinbarte Geldvergütung bezahlt werden muß, eben weil die erbrachte Leistung ihrer Natur nach nicht zurückgegeben werden kann. Ebenso kann die Inanspruchnahme der Gemeinschaftsleistungen der anderen in der fehlerhaften Gesellschaft nur dadurch ihren gerechten Ausgleich erfahren, daß der einzelne

1) Vgl. dazu Schafheutle S. 31.

2) Vgl. oben S. 39 f.

Beteiligte als verpflichtet angesehen wird, das entsprechende Korrelat zu tragen, nämlich seinerseits die auf ihn entfallenden Gesellschaftsleistungen zu erbringen und Gesellschafterpflichten zu erfüllen.

In diesem Sinne stimmen wir mit Ruland überein, wenn er für ausschlaggebend hält, daß tatsächlich ein Gemeinschaftsverhältnis bestanden habe, bei dem sich der eine auf die Treue des anderen verlassen habe ¹⁾, und wenn er sagt, daß derjenige, der die Vorteile aus dem Verhalten der anderen in Anspruch nehme, auch für sein Verhalten einstehen müsse ²⁾. In diesem Sinne würden wir mit Riezler ³⁾ einen "allgemeinen Rechtsgedanken" anerkennen, daß derjenige, der -wir würden hinzufügen: in zurechenbarer Weise, nämlich hier als Folge fehlgeschlagener Selbstgestaltung von Ordnungen- eine nicht rückgängig zu machende Leistung des Gegenkontrahenten entgegennimmt, damit das Recht verwirkt, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen. In der Wirkung würden wir jedoch für die hier behandelten Fälle im Gegensatz zu Riezler nicht nur die Einrede der Arglist gegen die Geltendmachung der Rückforderung ihrer Leistungen durch die anderen Gesellschafter gewähren ⁴⁾, sondern die Entstehung eines Schuldverhältnisses bejahen.

Der einzelne Beteiligte muß sich danach aus dem Gesichtspunkt der erhöhten Selbstverantwortung, die er bei der Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen zu tragen hat, den bewußten Mitvollzug eines Gemeinschaftsverhältnisses, obwohl dieses auf fehlerhaftem Vertrage beruht, in dem Umfang als Entstehungsgrund für ein Schuldverhältnis zurechnen lassen, wie es mit Rücksicht auf eine sachgerechte Ordnung unter den Beteiligten erforderlich ist. Dem entspricht allerdings auf der anderen Seite, daß dem einzelnen Beteiligten auch die anderen Mitgesellschafter rechtsgeschäftlich verpflichtet sind und daß der Betroffene auch im übrigen bei der Auseinandersetzung gesellschaftsrechtliche Ansprüche geltend machen kann. Sieht man aber einmal davon ab und richtet seinen Blick nur darauf, daß für den Einzelnen ohne gültiges Rechtsgeschäft primäre Leistungspflichten entstehen, so kann man mit Hefermehl sagen, daß der Gesichtspunkt der Beteiligung an einem

1) Ruland, S. 75.

2) Ruland, S. 84 f.

3) Riezler, S. 137.

4) Riezler, S. 139 u. 142.

Gemeinschaftsverhältnis eine objektive Grenze für den in den §§ 116 ff. BGB normierten Schutz des rechtsgeschäftlich Handelnden darstelle ¹⁾.

bb. Vermeidung von Abwicklungsschwierigkeiten.

Praktisch dürfen wir das bisher gewonnene Ergebnis dahin verstehen, daß die Vorgänge in der fehlerhaften Gesellschaft nicht als Einzelakte ohne Rechtsgrundlage, sondern als Vollzugsakte unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsrechts gewertet werden müssen. Indessen ist das bisher erörterte Moment nur ein, wenn auch sehr wichtiger, Grund für die Anwendung von Gesellschaftsrecht ²⁾. Die Bewertung der Beziehungen der Gesellschafter als personenrechtliche schafft gleichsam die Grundlage dafür, daß überhaupt Gesellschaftsrecht angewendet werden darf. Daneben tritt der schon oben genannte, der vermögensrechtlichen Seite des Gesellschaftsverhältnisses entsprechende Gesichtspunkt, daß die Rückgängigmachung der Einzelakte für das Gesellschaftsverhältnis, das sich als Dauerschuldverhältnis in der Zeit entwickelt hat, nicht paßt, daß das Auftreten von Abwicklungsschwierigkeiten die Annahme eines einheitlichen Vermögens erfordert, das allein in der Form der im Gesetz gut durchgebildeten Liquidation ³⁾ angemessen auseinandergesetzt werden kann ⁴⁾.

cc. Schutz des Vertrauens auf den Bestand der Gesellschaft. Sodann muß auch der vor allem vom Bundesgerichtshof ⁵⁾ genannte "Gedanke des Verkehrsschutzes" als Grund für die Anerkennung eines gesellschaftsrechtlichen Schuld - und Organisationsverhältnisses anerkannt werden. Damit ist nicht der Schutz des Interesses derer gemeint, die als Dritte mit der Gesellschaft im Glauben an ihre Gültigkeit Geschäfte abgeschlossen haben; ihrem Interesse an der Gültigkeit der Gesellschaft kann, wie wir gesehen haben ⁶⁾, dadurch entsprochen werden, daß die Gesellschafter sich ihnen gegenüber so behandeln lassen müssen, wie sie ihnen gegenüber aufgetreten sind.

- 1) Hefermehl bei Soergel-Siebert Anm. 27 vor § 116 BGB. In der Begründung weichen allerdings wir von Hefermehl ab, der für dieses Ergebnis die Wirkung der Willenserklärung gegenüber Dritten allein für ausschlaggebend hält (a.a.O. Anm. 26).
- 2) Baumbach-Duden Anm. 8 B zu § 105 HGB: "Mehrere Überlegungen kommen zusammen."
- 3) Haupt-Reinhardt GesR S. 73.
- 4) Erman S. 8; Hueck OHG S. 50; Beitzke S. 15 ff. und 62.
- 5) BGHZ 13, 320 (324).
- 6) Vgl. oben S. 3 f. und S. 59

Es geht vielmehr um den Schutz der Gesellschafter selbst, die darauf vertraut haben, daß das Rechtsverhältnis eine Gesellschaft sei. Welche Berücksichtigung dieses Vertrauen bei der Feststellung des näheren Inhalts des Schuldverhältnisses, insbesondere des Umfangs der gegenseitigen Pflichten der Beteiligten, finden kann, soll erst weiter unten untersucht werden¹⁾. Hier soll nur festgestellt werden, daß die Beteiligung der einzelnen Gesellschafter an der Gesellschaft eine sich in der Zeit erstreckende Betätigung im Rechtsverkehr ist und daß ihr Vertrauen darauf, daß dieses Verhältnis "in der rechten Ordnung", nämlich ein gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis sei, deshalb Schutz verdient. In diesem Sinne erfordern es die Sicherheit und der glatte Ablauf des Verkehrs mit Rücksicht auf die Bedeutung der gesellschaftlichen Zusammenschlüsse, daß sich die Gesellschafter darauf verlassen können, daß die zwischen ihnen vorgenommenen Rechtsakte, wie etwa Einbringung der Einlagen, Gewinnverteilung und Gehaltszahlungen, soweit wie möglich Bestand haben und nicht nach Bereicherungsrecht rückgängig gemacht werden. Insofern gilt der "Gedanke des Verkehrsschutzes, auch unter den Gesellschaftern"²⁾.

b) Zusammenfassung der rechtstheoretischen Grundlagen.

Zurechnungsgrund für die Entstehung des Schuldverhältnisses ist die rechtsgeschäftliche Betätigung und die Verantwortung des einzelnen Beteiligten für die daraus entstehenden Beziehungen und Verhältnisse. Die Schuldverhältnisse aus fehlerfreiem Rechtsgeschäft und diejenigen, welche aus Rechtsgeschäften entstehen, die auf fehlerhafter Grundlage vollzogen worden sind, haben eine Wurzel. Das Gleiche gilt für die auf negative Pflichten begrenzte Haftung aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo oder des auf fehlerhafter Grundlage vollzogenen Verkehrsgeschäfts und die sich auf positive Pflichten erstreckende Haftung bei der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaft. Sie unterscheiden sich nicht

1) vgl. unten S. 86 - 91.

2) BGH a.a.O.

dem Grunde, sondern nur dem Grade nach.

Ganz in diesem Sinne lassen sich die Ausführungen Ballerstedts verstehen, wenn er bei der Einordnung der Lehre von der culpa in contrahendo so weit geht, neben der Verpflichtung durch bindende Willenserklärung die Verpflichtung durch Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens als zweiten Typus des "Rechtsgeschäfts" anzuerkennen ¹⁾.

Eine andere Auffassung vertritt demgegenüber Betti ²⁾. Er sieht in der Anerkennung primärer Leistungspflichten und in der Anerkennung negativer Verhaltenspflichten einen Wesensunterschied. Dabei versteht er unter primären Leistungspflichten die "Anforderung einsatzbereiten Zusammenwirkens, die den Partnern jener Sonderverbindung eine positive Hilfeleistung in Erfüllung einer Anwartschaft des Partners zur Pflicht auferlegt". Negative Verhaltenspflichten bedeuten das "Gebot des Anstandes, das den einzelnen Rechtsgenossen Achtung und Erhaltung der fremden Interessensphäre gebietet und das mit dem Eintritt einer Sonderverbindung sich eben konkretisiert und verschärft, doch immer nur negativ ausgerichtet bleibt, indem es eine Schutz- und Schonungspflicht begründet" ³⁾. Nach seiner Auffassung kann die auf negative Pflichten begrenzte Haftung im Gegensatz zur Haftung für die Erfüllung positiver Pflichten nicht auf einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand zurückgehen, sondern muß grundsätzlich als Haftung aus unerlaubter Handlung qualifiziert werden ⁴⁾. Dieser Ansicht folgen wir jedoch nicht.

Nach unserer Auffassung darf eine Haftung nicht danach als rechtsgeschäftliche oder als deliktische eingeordnet werden, welchen Umfang, sondern danach, welchen Ursprung sie von der Frage der Zurechenbarkeit her gesehen hat. Dabei zeigt sich, daß auch die auf Erfüllung nur negativer Pflichten gerichtete Haftung bei den fehlerhaften Verkehrsgeschäften eine rechts-

1) Ballerstedt AcP 151, 507. Ballerstedt hat zum Problem der fehlerhaften Gesellschaft in diesem Zusammenhang allerdings nicht Stellung genommen. Auf der anderen Seite schließen die Ausführungen zur fehlerhaften Gesellschaft in AcP 157, 117 ff., insbes. die dort geäußerte Ansicht, daß die Lösung dieser Probleme den Ausbau und die Vertiefung der gesamten Handlungslehre erfordere (a.a.O. S.128), eine solche Einordnung nicht aus.

2) Betti, Festschrift für Lehmann Bd.I (1956) S.258.

3) Diese Definition gibt Betti a.a.O.

4) So Betti a.a.O.

geschäftliche ist und daß deshalb der Gedanke der rechtsgeschäftlichen Haftung überhaupt auch bei fehlerhaften Begründungstatbeständen herangezogen werden darf.

c) Grenzen für die Anerkennung.

aa) Die Fälle des Gesetzes- und Sittenverstoßes.

Die Anerkennung des Rechtsverhältnisses als Schuldverhältnis kann nun mit Rücksicht auf die mit den Nichtigkeitsnormen verfolgten rechtspolitischen Zwecke nicht bei allen Fehlerarten gelten. Wertet man die einzelnen Vollzugsakte als Erfüllungshandlungen eines Gesellschaftstatbestandes, so liegt darin eine rechtliche Anerkennung der einzelnen das Gesellschaftsverhältnis fördernden Handlungen. Eine solche Anerkennung kann nur so lange in Betracht kommen, wie gegen diese Handlungen als solche vom Recht her keine Bedenken bestehen. Das aber ist dann der Fall, wenn die Gesellschafter durch den Vollzug des Gesellschaftsverhältnisses gegen das objektive Recht verstoßen, also in den entsprechenden Fällen des § 134 BGB und des § 138 BGB. Hier geht das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit dahin, daß das Entstehen solcher Rechtsverhältnisse möglichst verhindert wird. Die vertraglich gesetzte gesellschaftsrechtliche Ordnung darf deshalb nicht gelten, auch nicht mit berichtigtem Inhalt. Das Gesetz verweigert vielmehr, wie sich aus § 817 Satz 2 BGB ergibt, überhaupt den Rechtsschutz. Es gilt auch nicht die Ordnung des § 812 BGB, d.h. Rückgängigmachung der geschehenen Vermögensverschiebungen, sondern demjenigen, der verbotene und unsittliche Geschäfte vornimmt und den sein Partner im Stich läßt, wird richterliche Hilfe versagt ¹⁾.

Praktisch führt die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB in den Fällen der fehlerhaften Gesellschaft dazu, daß den Gesellschaftern etwa bereits verteilte Gewinne und das, was sie -bei Verneinung eines Gesamthandsvermögens "zufällig"- als "Leistung empfangen" haben, nicht mehr genommen werden können.

1) Darin wird heute überwiegend der sachliche Grund für die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB gesehen. Vgl. v.Caemmerer in SJZ 1950, 646 (649); Raiser in JZ 1951, 718 f.; Larenz Schr II S.342 (§ 63 III b) und die eingehende Darstellung bei Esser Schr S.798 - 803 (§ 194).

Das allgemeine Ergebnis, daß auf diese Weise der Gesichtspunkt der individuellen Gerechtigkeit hier unberücksichtigt bleibt, stimmt aber mit dem rechtspolitischen Zweck des § 817 BGB überein. Auf der anderen Seite ist es nur solange gerechtfertigt, wie die Beteiligten keinen Rechtsschutz verdienen. Ergibt sich aus der Schwere des Verstoßes und dem Gewicht der übertretenen Norm, daß es im Hinblick auf den Schutz der Allgemeinheit keiner Verweigerung des Rechtsschutzes bedarf, so kann das Verhältnis unter den Beteiligten als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anerkannt werden¹⁾, wobei die vertraglichen Vereinbarungen allerdings unter Umständen zu berichtigen sind. Entscheidend ist nur, daß § 817 Satz 2 BGB in diesen Fällen nicht überhaupt einen Rechtsschutz ausschließt²⁾.

bb. Die Fälle der ungenehmigten Beteiligung nicht voll geschäftsfähiger Personen.

Auch in den Fällen der ungenehmigten Beteiligung nicht voll geschäftsfähiger oder geschäftsunfähiger Personen können wir mit Rücksicht auf den in unserem Recht besonders weitreichend ausgestalteten Schutz dieser Personen die Entstehung eines Schuldverhältnisses unter ihrem Einschluß nicht bejahen.

Die Wertung des Gesetzgebers muß dahin verstanden werden, daß der nicht voll Geschäftsfähige und der Geschäftsunfähige weder beim Verkehrsgeschäft noch bei der Gesellschaftsgründung eine Verantwortung für ihr selbstgestaltendes Tun über das Deliktsrecht hinaus zu tragen haben und daß eine Verantwortung für die aus fehlerhafter Selbstgestaltung entstandenen Rechtsbeziehungen deshalb ebenfalls verneint werden muß. Aber auch die Anwendung des Bereicherungsrechts kann, abgesehen von den Abwicklungsschwierigkeiten, nicht immer befriedigen. Der Minderjährige etwa, der so stets bezüglich seiner Kapitalbeteiligung wie ein Außenstehender und bezüglich seiner Arbeitsleistung wie ein Angestellter behandelt würde, kann durchaus ein schutzwertes Interesse daran haben, daß über seine Beteiligung gesellschaftsmäßig abgerechnet wird. Man wird diesen verschiedenen Gesichtspunkten nur dadurch gerecht werden können, daß man dem nicht voll Geschäftsfähigen und seinem gesetzlichen Vertreter ein Wahlrecht gibt,

1) Vgl. im einzelnen unten S. 159 - 162.

2) Für eine Beschränkung der Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf schwerere Verstöße bei allen Schuldverhältnissen: Raiser a.a.O. S. 719 1.Sp..

dessen Ausgestaltung und nähere Bestimmung unten erfolgen soll ¹⁾.

d) Das Erfordernis der Berichtigung des Schuldverhältnisses.

Kehren wir nunmehr zu den anderen Vertragsfehlern zurück, so haben wir zu fragen, welche Bedeutung hier der jeweilige rechtspolitische Zweck der Nichtigkeitsnorm hat. Bei den Willensmängeln, etwa in den Fällen des Irrtums, der arglistigen Täuschung oder der widerrechtlichen Drohung soll bei den Verkehrsgeschäften der Vertrag nicht gelten, weil die Willensbildung des Irrenden, Getäuschten oder Bedrohten fehlerhaft ist und ihm eine solche Bindung nicht zuzurechnen ist.

Folgen wir der Betrachtungsweise und der Terminologie Schmidt-Rimplers, so ist das Ergebnis des Vertragsschlusses in diesen Fällen nicht "richtig" ²⁾. Zwar haben wir Zweifel daran, daß ein fehlerfreier Vertragsschluß mit Rücksicht auf das gegenseitige Nachgeben der Parteien eine Wahrscheinlichkeit für "Richtigkeit" in dem Sinne gibt, daß die getroffene Ordnung gerecht und von der Gemeinschaft aus gesehen zweckmäßig ist, daß sie dem Gemeinschaftsdasein, der Verwirklichung des Gemeinschaftslebens und seiner konkreten Gestalt förderlich ist, einschließlich dessen, was notwendig ist, um bestimmte konkrete Gemeinschaftszwecke zu erreichen ³⁾. Wir können den Vertrag aber doch im Verhältnis zwischen den Beteiligten als einen Mechanismus ansehen, der im Falle seines fehlerlosen Zustandekommens unter den Beteiligten eine gerechte Ordnung darstellt ⁴⁾. An dieser Garantie aber fehlt es, wenn der Vertrag fehlerhaft ist.

1) Vgl. unten S. 164 ff.

2) Schmidt-Rimpler AcP 147, 130 ff.

3) Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 132 f. und 149 ff., insbes. S. 155 f. Vgl. dazu die Kritik von Flume, 100 Jahre dtsh. Rechtsl. I S. 142 f.

4) In diesem Sinne vertritt Schmidt-Rimpler heute (Festschrift für Nipperdey S. 6 unten) die Auffassung, daß der Mechanismus des Vertrages bei Fehlerlosigkeit "in sehr vielen Fällen zum richtigen Ausgleich zumindest im Verhältnis der Parteien" führt. Er hält jedoch an seiner früheren Auffassung immerhin insoweit fest, als der Vertrag immer Ausgleich entgegengesetzter Interessen "im Sinne des Richtigen" sei (a.a.O. Anm. 5), wobei allerdings die Richtigkeitsgesichtspunkte, die nicht die Verhältnisse der Beteiligten betreffen, häufig nicht beachtet würden (a.a.O. S. 6).

Trotzdem wollte das Reichsgericht und will offenbar auch heute noch der Bundesgerichtshof¹⁾ das Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern grundsätzlich nach dem fehlerhaften Vertrage beurteilen und den Ausgleich dabei etwa für den arglistig Getäuschten auftretender ungerechter Benachteiligungen durch Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung herbeiführen.

Diese Auffassung ist einmal rechtstheoretisch nicht begründet. Zumindest bei den Unrechtstatbeständen der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung kann auch in der fehlerhaften Gesellschaft nicht gelten, daß sich der Getäuschte oder Bedrohte die fehlerhafte Ordnung als Ordnung zurechnen lassen muß. Es ist insoweit ein großer Unterschied, ob man den Getäuschten oder Bedrohten - wie wir es für richtig halten - aufgrund des bewußten Mitvollzuges als einem gesellschaftsmäßigen Schuldverhältnis mit im einzelnen noch festzustellendem Inhalt angehörig ansieht - wobei, wie wir noch sehen werden, die Geltendmachung von Pflichtverletzungen des Getäuschten oder Bedrohten durch den Täuschenden bzw. Drohenden grundsätzlich unzulässig ist - oder ob man so weit geht, das Rechtsverhältnis für den Zeitpunkt des Vollzuges als vollgültiges Gesellschaftsverhältnisses mit Geltung des fehlerhaften Vertrages anzusehen.

Zum anderen reicht die Gewährung von Schadensersatzansprüchen aber auch vom Ergebnis aus gesehen nicht aus, um alle bei Maßgeblichkeit des Vertrages auftretenden Ungerechtigkeiten auszugleichen. Die Schadensersatzansprüche aus Delikt bestehen immer nur zwischen dem, der den Schaden widerrechtlich und schuldhaft herbeigeführt hat, und dem Geschädigten.²⁾

Die Gesellschaften sind aber nur in einem Teil der Fälle auf zwei Personen beschränkt. Der fehlerhafte Vertrag schafft in den anderen Fällen auch eine Ordnung zwischen dem Geschädigten und den anderen Beteiligten. Diese Ordnung wird aber durch die Schadensersatzansprüche nicht berührt, und die insoweit bestehenden Ordnungsfragen würden durch einen fehler-

1) RGZ 165, 205 und 206; BGHZ 13, 323; vgl. dazu oben S.13 f.

2) Darauf weist auch Hueck OHG S.51 hin.

haften Vertrag geregelt, ohne Rücksicht etwa darauf, ob die Dritten die Täuschung bzw. Drohung kannten oder nicht kannten, und im letzten Falle, ob sie sie schuldhaft oder schuldlos nicht kannten.

Sodann ist zu bedenken, daß Schadensersatzansprüche nur bei den Vertragsfehlern, die einen Unrechtstatbestand verkörpern, überhaupt zum Tragen kommen können. Den anderen Verträgen, die etwa an einem Formfehler oder an Dissens leiden, fehlt aber unter den Beteiligten ebenfalls die Richtigkeitsgewähr, da der Mechanismus des Vertrages gestört ist. Wurde etwa zum Schutze bestimmter Beteiligter mit Rücksicht auf bestimmte schwerwiegende Verpflichtungen, etwa Einbringung eines besonders wertvollen Patents, für den Gesellschaftsvertrag eine besondere Form vereinbart, die nicht beobachtet wird, so können diese Beteiligten, wird die Gesellschaft trotzdem vollzogen, ohne daß aber die Betroffenen ihr Patent tatsächlich schon eingebracht haben, nicht ohne weiteres zur Einbringung als verpflichtet angesehen werden und kann ihnen ihre Versäumnis nicht ohne weiteres als Pflichtverletzung angerechnet werden. Eine andere Frage ist, ob die Entstehung solcher Pflichten mit Rücksicht auf die auch in der formnichtigen Gesellschaft bestehende enge Verbundenheit der Beteiligten anzunehmen ist, wenn diese auf die Gültigkeit der Gesellschaft vertraut haben und vertrauen durften.

Wir bejahen also aus dem Gesichtspunkt der Verantwortung des Einzelnen für die aus rechtsgeschäftlicher Selbstgestaltung entstehenden Beziehungen im Falle bestimmter fehlerhafter Gesellschaften auf der einen Seite die Entstehung eines Schuld- und Organisationsverhältnisses und die Stellung der Beteiligten als Gesellschafter dem Status nach, auf der anderen Seite verneinen wir aber grundsätzlich die Verbindlichkeit der in den fehlerhaften Teilen des Vertrages rechtsgeschäftlich gesetzten Ordnung.

Eine solche Unterscheidung und eine solche Möglichkeit scheint das Gesetz nicht zu kennen. Entweder ist etwa ein Kaufvertrag gültig, dann gilt das im Kaufvertrag Vereinbarte als Ordnung und das Schuldverhältnis des Kaufs ist entstan-

den, oder der Vertrag ist fehlerhaft, dann gilt die vereinbarte Ordnung nicht und es kommt auch kein Kaufschuldverhältnis zur Entstehung.

Trotzdem sind die von uns vertretenen Ergebnisse nicht als Ausnahme auf die Fälle der fehlerhaften Gesellschaft beschränkt. Sie gelten im Grunde auch für die Verkehrsgeschäfte. Nur ist der Inhalt des Schuldverhältnisses bei Fehlerhaftigkeit der im Verträge vereinbarten Ordnung hier dem Umfang nach auf die Entstehung von besonderen Verhaltenspflichten beschränkt, während der besondere Charakter der Beziehungen in der fehlerhaften Gesellschaft die Anerkennung eines Schuldverhältnisses mit primären Leistungspflichten erfordert. Auch hier läßt sich also die Entstehung eines Schuldverhältnisses bejahen, während man die Gültigkeit der vertraglich gesetzten Ordnung verneint.

6. Die Feststellung der in der fehlerhaften Gesellschaft geltenden Ordnung.

- a) Der Vertragsfehler und die Bedeutung des objektiven Zwecks des Gesellschaftsverhältnisses.

Woraus entnehmen wir nun den näheren Inhalt, die Ordnung des Schuldverhältnisses, da es dem Verträge an der notwendigen Richtigkeitsgewähr fehlt ?

Die Lehre von der faktischen Gesellschaft wollte die Ordnung der tatsächlich geschaffenen Verhältnisse auch zur rechtlichen Ordnung machen. So hatte Schumann ausgeführt, daß der Vertrag, wenn er aus sich heraus nicht die Kraft besitze, die Gesellschaft zum Leben zu erwecken, folgerichtig auch ihr Dasein nicht entscheidend gestalten könne. Wie für das Entstehen müßten statt dessen auch für die Lebenswirksamkeit die tatsächlich geschaffenen Verhältnisse den Ausgangspunkt bilden¹⁾.

Wir können dieser Ansicht nicht folgen. Zwar sind wir auch der Auffassung, daß die Lebenstatbestände unter dem Gesichtspunkt des Rechts kein Chaos sind, sondern daß darin selbst bereits ein gewisser Sinn zum Ausdruck kommt oder angelegt ist²⁾, den das Recht nicht verfehlen darf. Demgegenüber darf

1) Schumann in DR 1943, 1195 Sp.2.

2) Larenz, Methodenlehre S. 137; vgl. auch S. 74 Anm. 2 und S. 309. Vgl. auch Rittner Unternehmen und freier Beruf S. 8 f.

aber der normative Charakter des Rechts nicht verkannt werden und die Tatsache, daß unser Recht für das Zustandekommen von Gesellschaftsverhältnissen die Wertung dahin getroffen hat, daß sie grundsätzlich der willentlichen Selbstgestaltung durch die Beteiligten unterliegen und daß damit auch für die fehlerhaften Gesellschaften bestimmte verbindliche Entscheidungen des Gesetzes vorliegen. Sie gehen dahin, daß die tatsächlichen Vorgänge - etwa der jahrelange Vollzug der Gesellschaft mit regelmäßiger Gewinnverteilung nach irrtümlich festgesetztem Schlüssel - nicht schon deshalb rechtens sind, weil sie geschehen sind. Sie sind es vielmehr nur insoweit, wie sie nach dem Übereinstimmenden fehlerfreien Willen der Beteiligten so rechtens sein sollten und mangels eines solchen fehlerfreien Willens, soweit sie es nach objektiven Maßstäben, nach dem, was die Beteiligten redlicherweise für rechtens hätten halten müssen, waren. Das aber heißt, daß jeweils eine Ordnung unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände, insbesondere der Art und der Wirkungen des Vertragsfehlers, festgestellt werden muß, nach der die tatsächlichen Vorgänge nachträglich bewertet und beurteilt werden. Diese Ordnung kann weder in ihrer Gesamtheit aus dem Vertrag entnommen werden, da er - wie wir gesehen haben - keine Richtigkeitsgewähr bietet, noch kann sie aus dem Gesetz ohne Berücksichtigung der vertraglichen Abmachungen und der besonderen Umstände hergeleitet werden. Die Vorschriften der §§ 705 - 740 BGB und der §§ 105 - 160, 161 - 177 und 335 - 342 HGB sind einmal auf die fehlerfreie vertragliche Personengesellschaft ausgerichtet und es bedarf erst einer weiteren Prüfung, ob sie auf die fehlerhafte vollzogene Gesellschaft zutreffen, so daß sie bei der Lückenausfüllung heranzuziehen wären. Darüberhinaus bedarf es hinsichtlich der Vorschriften, die nicht ius cogens, sondern ius dispositivum enthalten, im Einzelfall einer Prüfung, ob sie die Ordnungsfragen dieses Falles in sachgerechter Weise lösen. Zwar verkennen wir nicht, daß auch die nachgiebigen, vom Gesetzgeber wohlerrwogenen, aus der normalen Interessenlage der Parteien geschaffenen Rechtssätze eine bestimmte Ordnungs-

funktion haben¹⁾ und allgemeine Richtigkeitsgedanken enthalten.²⁾ Wenn die Parteien aber in dem fehlerhaften Vertrag für bestimmte Regelungsgegenstände eine besondere Ordnung festgesetzt haben, so kommt darin zum Ausdruck, daß sie diese Punkte als einer besonderen Regelung bedürftig erachtet haben, sei es, daß sie die gesetzliche Regelung bewußt abändern wollten, oder sei es, daß sie sich insoweit nicht darauf verlassen wollten, daß das Gesetz als "allgemeine Norm" die richtige Lösung bereithalten werde.

Mag diese Geltungsfrage auch mit Rücksicht darauf in den Hintergrund treten, daß wir nicht nach dem Inhalt der vertraglich fehlerhaft gesetzten Ordnung suchen, sondern nach der für das vollzogene Rechtsverhältnis objektiv angemessenen Regelung, so bietet die vom Gesetz abweichende vertragliche Gestaltung - jedenfalls, soweit nicht gerade die Abweichung eine Wirkung des Vertragsfehlers ist - doch ein Indiz dafür, daß auch der objektive Sinn und der Zweck des konkreten Gesellschaftsverhältnisses mit dem des gesetzlich angenommenen "Normalfalles" nicht übereinstimmen und damit auch die Ordnung eine andere ist, die die Parteien für das vollzogene Rechtsverhältnis - die auf dem Vertragsfehler beruhenden Ungerechtigkeiten berichtigend - redlicherweise hätten in Geltung setzen müssen.³⁾

Es zeigt sich damit für unsere Fragen eine gewisse Verwandtschaft zu den Fällen des Fehlens und Fortfalls der Geschäfts-

1) Vgl. Enn.-Bipperdey Aligf. I S.301 (§ 49 III).

2) Vgl. dazu Rittner in HDSW Bd.11 S.269 Sp.2.

3) Vgl. zur Frage des allgemeinen Vorranges einer ergänzenden Vertragsauslegung vor einer Anwendung der Dispositivnormen beim Abweichen des Vertragszwecks des konkreten Rechtsverhältnisses von dem des gesetzlichen Normalfalles - Larenz in NJW 1963, 73/ ff, insb. S.740 Sp.2: "Wo also der individuelle Vertrag, obwohl er den allgemeinen begrifflichen Merkmalen eines im Gesetz geregelten Vertragstypus entspricht, aufgrund der besonderen Vertragsgestaltung und der Interessenlage Züge aufweist, die von dem Vorstellungsbild des Gesetzgebers in einer wesentlichen Hinsicht abweichen, da muß wiederum der Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung gelten."

grundlage, insbesondere zu denen des - von Larenz so genannten - Wegfalls der objektiven Geschäftsgrundlage.¹⁾ Es bestehen allerdings auch erhebliche Unterschiede, und zwar nicht nur in der Fallgestaltung, sondern auch in der Struktur der rechtstheoretischen Fragen. So findet der Richter in den Fällen des Fortfalls der Geschäftsgrundlage, d.h. den Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft infolge einer für die benachteiligte Partei unvorhersehbaren nachträglichen Änderung der Verhältnisse sinn-, zweck- und gegenstandslos wird²⁾, Rechtsverhältnisse auf gültiger Vertragsgrundlage vor, in die er nur zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Ergebnisse³⁾ in dem Sinne korrigierend eingreift, daß er eine Veränderung des Inhalts des Rechtsverhältnisses "feststellt"⁴⁾.

Demgegenüber leidet die vertragliche Grundlage der fehlerhaften Gesellschaft von vornherein an einem Mangel, der ihre Richtigkeit grundsätzlich in Frage stellt. Es erscheint danach durchaus sachlogisch, wenn der Richter bei den Geschäftsgrundlagefällen für die Wertung an eine hypothetische Parteivereinbarung, an das, was redlich denkende Parteien verständigerweise bei Kenntnis der später eingetretenen Lage vereinbart hätten⁵⁾, anknüpft, während das zunächst zweifelhaft sein kann in den Fällen des Vollzuges von Gesellschaftsverhältnissen aufgrund bereits ursprünglich fehlerhafter Einigung.

Indessen kann die objektiv angemessene Ordnung auch in diesen Fällen nur eine Ordnung auf der Grundlage der fehlerfreien Teile der von den Beteiligten getroffenen Regelungen und, soweit sie vom Vertragsfehler beeinflusst sind, eine Ordnung unter Beachtung der von ihnen als "Wertungsgrundlagen" angesehenen Umstände sein⁶⁾, da die gegenseitigen Beziehungen in der fehlerhaften Gesellschaft solche aus rechtsgeschäft-

1) Zusammenfassend Larenz SchR I S.230 ff (§ 20 II).

2) Larenz aaO. S.109 (§ 10 II d) und S.232.

3) BGH in NJW 1951, 836 f; Enn.-Lehmann S.180 (§ 41 III).

4) Dem bei LM Nr.18 zu § 242 (Bb) BGB; Staud.-Weber Anm.E 392 zu § 242 BGB.

5) Larenz aaO. S.233.

6) Schmidt-Rimpler in Festschrift für Nipperdey (1955) S.10 und S.29.

licher Selbstgestaltung sind, wobei grundsätzlich der übereinstimmende Wille der Beteiligten, soweit er fehlerfrei ist, die verbindliche Ordnung setzt.

Daß die Bestimmung des § 139 BGB über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften in diesen Fällen nicht gelten kann, ergibt sich daraus, daß diese Bestimmung davon ausgeht, daß bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch kein Schuldverhältnis entstehe. Soweit das zutrifft -d.h.also für die Verkehrsgeschäfte des Schuldrechts-, ist es allerdings gerecht, den Restbestandteil eines Rechtsgeschäfts bei Nichtigkeit eines für eine Partei relevanten anderen Teiles ebenfalls für nichtig zu erklären. Hat man aber einmal ein Schuldverhältnis unter dem Gesichtspunkt der rechtsgeschäftlichen Betätigung anerkannt, so müssen die fehlerfreien Teile der von den Parteien gesetzten Ordnung möglichst weitgehend aufrecht erhalten werden, da insoweit allein diese Regelung als die zwischen den Parteien "richtige" angesehen werden kann.

Im übrigen bedarf es einer Berichtigung der gesetzten Ordnung entsprechend einer gedachten Ordnung, wie sie die Beteiligten bei Kenntnis des Vertragsfehlers und der tatsächlich eingetretenen Umstände redlicherweise nach dem auf den Einzelfall konkretisierten Maßstab von Treu und Glauben hätten setzen müssen.

Damit gehen wir zwar auf die einzelnen Beteiligten und ihre Vorstellungen zurück, werten und würdigen diese Vorstellungen jedoch nach dem objektiven Maßstab des -von ihnen wegen der Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages zwar nicht notwendig im Verträge übereinstimmend "gesetzten", aber doch aus dem tatsächlich Vollzogenen sich ergebenden- Zweck des Gesellschaftsverhältnisses¹⁾. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben wird in diesen Fällen von den Beteiligten also verlangt, daß sie die Konsequenzen auf sich nehmen, die aus dem Zweck des Rechtsverhältnisses, den sie durch den zurechenbaren Mitvollzug des Rechtsverhältnisses mitgesetzt haben, folgen.

1) Vgl. dazu, daß der einmal zustandegekommene Vertrag nur noch objektive Regelungsgehalte enthält, Larenz in NJW 1963, 739 und BGH in NJW 1954, 874.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß die für die Abwicklung fehlerhafter Gesellschaften im Gesetz bestehende Regelungslücke nicht einfach durch Annahme des Bestehens der Gesellschaft bis zu ihrer Auflösung gemäß dem Gesellschaftsvertrage und durch Anwendung der allgemeinen Auflösungsgrundsätze ausgefüllt werden kann, sondern daß die Lösung unter Heranziehung der für die Richtigkeit geltenden gesetzlichen Wertungen gefunden werden¹⁾, daß das Rechtsverhältnis, wie Schmidt-Rimpler sagt, "berichtigt" werden muß²⁾.

b) Die Berücksichtigung des Vertrauens der Mitgesellschafter auf den Bestand der vertraglichen Vereinbarungen.

Indessen ist bei der Feststellung der angemessenen Ordnung in vielen Fällen noch ein weiteres gestaltendes Moment zu beachten, das das Ausmaß der Berichtigung, soweit sie aus dem Gesichtspunkt der ursprünglich "richtigen" Ordnung geschieht, in gewissen Grenzen einschränkt. Auf dem Gebiete der Selbstgestaltung von Ordnungen durch Rechtsgeschäft steht dem Ziel der alleinigen Geltung der fehlerfrei zustandegekommenen Vertragsordnung der Gesichtspunkt der Geltung des tatsächlich Erklärten und für unsere Fälle auch des tatsächlich Vollzogenen mit Rücksicht auf den Gedanken des Verkehrs- und Vertrauensschutzes entgegen. Bei der gesetzlichen Regelung der Verkehrsgeschäfte ist er insoweit berücksichtigt worden, als sich einmal der Inhalt der Willenserklärungen, wie sich insbesondere aus §§ 119 ff BGB ergibt, nach dem objektiven Erklärungs- wert bestimmt, und zum anderen, als nicht jeder Willensmangel im Wege der Aufhebung geltend gemacht werden kann, sondern daß eine Willensbildung unter falschen Vorstellungen, d.h. der Motivirrtum, die Gültigkeit der Willenserklärung nicht berührt, jedenfalls, solange sie nicht unter arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung zustandekommt. Dabei handelt es sich, wie die Regelungen der §§ 2078 und 2281 BGB für das Testament und den Erbvertrag, bei denen der Motivirrtum beachtlich ist, zeigen, nicht um eine begrifflich notwendige Rechtsfolge, sondern um eine aus einer Wertung resultierende Berücksichtigung des Gesichtspunkts der Verkehrssicherheit oder des Vertrauensschutzes³⁾. Es handelt sich

1) So Schmidt-Rimpler in der Besprechung von Schumann, HandelsR im acP 155, 162.

2) So Schmidt-Rimpler in Festschrift für Nipperdey (1955) S.29.

3) Hefermehl bei Soergel-Siebert Anm.24 vor § 116 BGB

um die Lösung des - wie Raiser die Antithese der Interessen betonend sagt - "Wertkonfliktes zwischen Individualschutz einerseits, Verkehrs- und Vertrauensschutz in der Rechtsgemeinschaft andererseits"¹⁾ oder nach der Richtigkeitslehre Schmidt-Rimplers um die Abwägung verschiedener "Richtigkeitsgedanken"²⁾. Wenn es sich aber um eine Wertung des Gesetzgebers handelt, so müssen wir fragen, inwieweit die in den §§ 104 ff, insbesondere 116 ff BGB enthaltenen Regelungen auch für die fehlerhaften Gesellschaften gelten, für die wir bereits weitgehend das Vorliegen einer Regelungslücke bejaht haben.

Zur Klarstellung sei noch einmal wiederholt, daß wir bisher nur festgestellt haben, daß das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten bei bestimmten Vertragsfehlern mit Rücksicht auf den willentlichen Vollzug einer Gemeinschaft für den Zeitraum der Vergangenheit als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anzusehen ist, und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht auf das Vertrauen der Beteiligten auf den Bestand des Rechtsverhältnisses. Demgegenüber handelt es sich nunmehr um die Frage, ob mit Rücksicht auf ein solches Vertrauen hinsichtlich der Ordnung dieses Schuldverhältnisses von einer "Berichtigung" der fehlerhaft getroffenen Vereinbarungen nach objektiven Maßstäben zugunsten einer Aufrechterhaltung der tatsächlich während des Vollzuges für gültig gehaltenen fehlerhaften Ordnung abgesehen werden kann.

Theoretisch wäre dem Umfang nach eine solche Anerkennung hinsichtlich der ganzen Ordnung möglich und damit nicht nur für den Zeitraum des tatsächlichen Vollzuges in der Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft. Es könnte demjenigen, der sich auf die Fehlerhaftigkeit des Vertrages beruft und sich aus dem Gesellschaftsverhältnis herauslösen will, die Berufung auf den Vertragsfehler mit Rücksicht auf das Vertrauen der anderen Beteiligten auf den Bestand der Gesellschaft auch für die Zukunft versagt werden, und er wäre dann auf die Geltendmachung eines wichtigen Auflösungsgrundes

1) Raiser in 100 Jahre dtsh.Rechtsleben Bd.I S.104; ebenso Goig bei Staud. Anm.2 d Einl. vor §§ 104 ff BGB.

2) Schmidt-Rimpler in Festschrift für Nipperdey (1955) S.11 f und AcP 147, 133 ff.

im Sinne von § 723 BGB und § 131 HGB beschränkt.

In schwächerer Form käme ein Vertrauensschutz insoweit in Frage, daß bei der Abwicklung für den Zeitraum der Vergangenheit die fehlerhafte vertragliche Ordnung zugrunde zu legen wäre, Rechte und Pflichten - seien es personenrechtliche oder vermögensrechtliche - nach ihrer Maßgabe anzunehmen wären, Gewinn- und Verlustbeteiligung sowie Inhalt und Verfahren der Auseinandersetzung sich nach der fehlerhaften Ordnung richteten.

Eine allgemein für die "fehlerhafte Gesellschaft" schlechthin geltende Antwort auf die Frage nach dem $\mathbf{A}_{11}$ Maß von Rechtsfolgen aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes läßt sich nicht geben. Das würde voraussetzen, daß die fehlerhafte Gesellschaft nach den maßgeblichen Rechtsvoraussetzungen stets einen gleichen Tatbestand aufweist. Das trifft jedoch nicht zu. Der Begriff "fehlerhafte Gesellschaft" umfaßt verschiedene Arten von Tatbeständen, insbesondere verschieden nach der Art des Vertragsfehlers. Da die Frage des Vertrauensschutzes aber eine Abwägung zwischen den Interessen der durch die Nichtigkeitsnorm geschützten Personen und den Interessen der auf den Bestand des Vertrages vertrauenden Personen erfordert, muß sie also mit Rücksicht auf das verschieden schutzwürdige Interesse etwa des Irrenden, des arglistig Getäuschten oder des widerrechtlich Bedrohten an der Wichtigkeit gesondert für jede Fehlerart beantwortet werden. Ihre Erörterung muß deshalb dem besonderen Teil der Arbeit vorbehalten bleiben. An dieser Stelle kann nur eine Antwort darauf gegeben werden, ob nach der Struktur der fehlerhaften Gesellschaft die Grenze für die Berücksichtigung des Vertrauens auf die Gültigkeit gegenüber den Verkehrsgeschäften überhaupt verschoben werden muß.

Diese Frage ist zu bejahen mit Rücksicht darauf, daß auch das fehlerhafte vollzogene Gesellschaftsverhältnis unter den Beteiligten eine personenrechtliche Gemeinschaft herstellt¹⁾, in der die Haftung für gewährtes und in Anspruch genommenes Vertrauen gesteigert ist, wie das Vorhandensein einer besonderen über die normalen Anforderungen von Treu

1) Vgl. oben S.69 ff.

und Glauben hinausgehenden Treupflicht¹⁾ in der fehlerfreien Gesellschaft beweist. Insoweit sind fehlerfreies und fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis in gleicher Weise über die Tatbestände der Verkehrsgeschäfte hinausgehende besondere Vertrauenstatbestände, wenn auch die Entstehung des Schuldverhältnisses und damit die Zurechnung des fremden Vertrauens im Falle der fehlerfreien Gesellschaftsgründung auf den Vertrag und im Falle der fehlerhaften Gründung auf die bewußte Teilnahme am Vollzuge des Gesellschaftsverhältnisses zurückgehen.

Da es sich bei der Gewährung des Vertrauensschutzes, sieht man auf die Rechtsfolgen, um Ausnahmen von der Berichtigung der fehlerhaften Ordnung handelt, die zu Lasten des durch die Nichtigkeitsnorm Geschützten gehen, darf sie nur soweit erfolgen, wie es zum Schutze des einzelnen gutgläubigen Mitgesellschafters erforderlich ist. Das aber bedeutet, daß einzelne fehlerhafte Regelungen, die der Betroffene gegen sich gelten lassen muß, nur gegenüber den Gutgläubigen Bestand haben, während gegenüber anderen Mitgesellschaftern die berichtigte Ordnung maßgeblich sein kann. Auch die A_{12} -Arbeitung relativer Abwicklungsmaßstäbe in diesem Sinne hängt im einzelnen von der Art des Vertragsfehlers ab und muß dem besonderen Teil vorbehalten bleiben.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so ergeben sich für die Lösung des einzelnen Falles folgende Aufgaben: Feststellung des objektiven Sinns und Zwecks des fehlerhaften Rechtsverhältnisses, Abgrenzung der fehlerfreien Teile des Vertrages, Offenlegen der "Wertungsgrundlagen", von denen die Beteiligten ausgingen, Bewertung des guten oder bösen Glaubens der Gesellschafter und aus allem heraus die Feststellung der "angemessenen" Ordnung des Gesellschaftsverhältnisses.

Diese Arbeit wird im Einzelfall wie bei den oben behandelten Geschäftsgrundlagefällen Aufgabe des Richters sein. Er wird die Ordnung teils aus den vertraglichen Bestimmungen, soweit sie vom Fehler unbeeinflusst sind, teils aus dem Gesetz entnehmen können, soweit die vertraglich gesetzte Ordnung zu

1) Vgl. Larenz SchR II S.254.(§ 56 II a).

berichtigen ist und die gesetzlichen Vorschriften die Ordnungsfragen des konkreten Rechtsverhältnisses sachgerecht regeln. Trifft das nicht zu und erfordert die Berichtigung der vertraglichen Ordnung deren grundlegende Umgestaltung, so daß sich auch die Wertungsgrundlagen der Parteien, soweit sie erkennbar sind, nicht verwenden lassen, so bietet oft die Übung des Handelsverkehrs einen objektiven Maßstab, aus dem sich die sem fraglichen Regelungsgegenstand angemessene Ordnung ableiten läßt; denn durch die große praktische Bedeutung der Personengesellschaften haben sich im Laufe der Zeit für die Ausgestaltung dieser Rechtsverhältnisse je nach der konkreten Interessenlage der Beteiligten und den Formen ihrer Mitwirkung in der Gemeinschaft feste Handhabungsregeln mit einer Richtigkeitsgewähr, sozusagen eine "Gewohnheit in diesen Dingen" herausgebildet ¹⁾. Schließlich wird der Richter den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes hinzuziehen und seinen Einfluß auf die Gestaltung der angemessenen Ordnung feststellen und ihm Raum verschaffen müssen.

Der Richter wird bei diesen Feststellungen notwendigerweise einen gewissen Entscheidungsspielraum haben, der über das normale Urteilsermessen ²⁾ bei der Subsumtion unter einen Gegenstandsbegriff oder auch unter unbestimmte Wertbegriffe hinausgeht. Ein solcher Spielraum wird und muß immer bei der Berichtigung von gesetzten Ordnungen aus den Wertungen der Beteiligten heraus unter Anwendung eines allgemeinen Maßstabes bestehen bleiben, da die Vielgestaltigkeit solcher Fälle nicht in nach Tatbestand und Rechtsfolge eng- und engstummrißene Rechtssätze gefaßt werden kann, will man die notwendige Berücksichtigung aller möglichen für die Wertung maßgeblichen

1) Vgl. dazu die ausführliche Darstellung der praktischen Möglichkeiten bei Sudhoff, insb. im Formularteil S. 315-495. Danach läßt sich beispielsweise für die Gewinnverteilung in einer OHG unter Abänderung der Regeln des § 121 HGB etwa die Regel aufstellen, daß Gesellschaften, in denen die Kapitaleinlagen gegenüber der eigenen Arbeitsleistung der Gesellschafter für den wirtschaftlichen Erfolg des gemeinsamen Unternehmens maßgeblich erscheinen, eine Gewinnaufteilung entsprechend dem Wertverhältnis der Kapitalanteile und im umgekehrten Fall eine Aufteilung nach dem Gesichtspunkt des Wertes der Arbeitsleistungen der einzelnen Gesellschafter gerecht wird, während für Gesellschaften mit gemischter Struktur ein gemischter Schlüssel wie etwa der des § 121 HGB eine gerechte Lösung ermöglicht.

2) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S. 222 ff.

Umstände nicht beeinträchtigen¹⁾. Auf der anderen Seite wäre es aber mit den Geboten der Rechtssicherheit unvereinbar, würde dem Richter nicht mehr an die Hand gegeben, als das Gebot einer Anerkennung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses unter Berichtigung der vertraglichen Ordnung nach den Maßstäben des Gerechten und Billigen.

Die Aufgabe besteht darin, aus der Fallanalyse heraus durch Bildung von Gruppen und Untergruppen möglichst konkrete Richtlinien und Kriterien zu entwickeln, nach denen der Richter seine Fallentscheidung treffen und nach denen der Rechtsverkehr den Inhalt solcher Rechtsverhältnisse beurteilen kann. Gleichzeitig würde eine Systematisierung des Rechtsgebietes der fehlerhaften Personengesellschaften in diesem Sinne notwendige Vorstufe für jede spätere gesetzliche Regelung sein.

7. Zusammenfassende rechtstheoretische und rechtsdogmatische Einordnung des Problems.

Wir haben versucht zu zeigen, daß die Eigenart der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse es erfordert, in gewissen Grenzen und soweit der rechtspolitische Zweck es zuläßt, von einer rückwirkenden Nichtigkeit des Vertragsfehlers abzusehen. Wir sind zu dem Ergebnis gekommen, daß die Regelung des BGB über die Entstehung von Schuldverhältnissen und die Abwicklung fehlerhafter Schuldverhältnisse auf die Verkehrsgeschäfte zugeschnitten ist und für die fehlerhaften Personengesellschaften eine Regelungslücke aufweist. Bei der Ausfüllung dieser von Anfang an bestehenden Lücke²⁾ sahen wir

1) Ein Beispiel dafür, daß auch das Gesetz dem Richter manchmal einen größeren Entscheidungsspielraum einräumen muß, bieten für unseren Fragenbereich die Vorschriften der §§ 168 Abs.2 und 336 Abs.1 HGB, indem sie für die Gewinnverteilung in der fehlerhaften KG bestimmen, daß mangels abweichender Vereinbarungen bezüglich des 4 % vom Kapital übersteigenden Gewinns "ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis der Anteile als bedungen" gilt und daß in der stillen Gesellschaft ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen gilt, wenn der Gewinn- und Verlustanteil des stillen Gesellschafters im Vertrage nicht bestimmt ist.

2) Ebenso Schmidt-Rimpler in AcP 155, 162.

uns nicht an die Wertungen des historischen Gesetzgebers gebunden, sondern wir durften einem gewissen Gesinnungswandel vom liberalen Individualismus zur sozialen Mitverantwortung Rechnung tragen. Wir haben danach bei bestimmten Vertragsfehlern die Entstehung eines -wenn auch berichtigungsbedürftigen- gesellschaftsrechtlichen Schuld- und Organisationsverhältnisses aus dem Gesichtspunkt der erhöhten Verantwortung bei der Selbstgestaltung von Ordnungen gegenüber dem Vertragspartner bejaht. Rechtsdogmatisch steht unsere Lösung demnach auf dem Boden einer ausgestalteten Lehre vom Rechtsgeschäft als einer Lehre von der Entstehung von Schuldverhältnissen im Zusammenhang mit der Selbstgestaltung von Ordnungen.

Wir befinden uns damit zunächst im Gegensatz zur Lehre von der faktischen Gesellschaft, wie sie vor allem Haupt ¹⁾ vertreten hat, die wir rechtsdogmatisch als eine Zweiebenen-Theorie im Sinne der Gleichwertigkeit von rein faktischen und Erklärungstatbeständen verstehen müssen ²⁾. Wir sind demgegenüber der Auffassung, daß eben nicht das rein Faktische zuordnet, sondern daß die Zuordnung auf die willentliche Betätigung der Beteiligten zurückgeht und eine Zurechnung der tatsächlich vollzogenen Ordnung nur soweit in Betracht kommt, wie es die Schutzinteressen der Beteiligten erfordern und es der rechtspolitische Zweck der Nichtigkeitsnorm, d.h. die Interessen der durch sie Geschützten, zulassen, d.h. also in der Regel unter Berichtigung dieser tatsächlich vollzogenen vermeintlich verbindlichen Ordnung nach einem objektiven Maßstab.

In gleicher Weise stehen wir im Gegensatz zu der früher von Siebert ³⁾ vertretenen Ansicht von der Gestaltungskraft des Unternehmens, indem wir nicht vom Unternehmen, sondern von den persönlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander aus dem Gesichtspunkt der rechtsgeschäftlichen Verantwortung ausgehen. Nach unserer Auffassung geht es -und insoweit stimmen wir auch mit der von Siebert zuletzt vertretenen Ansicht nicht überein- nicht um eine Bewertung "der zunächst soziologisch betrachte-

1) Vgl. oben S. 21 f.

2) So Esser in AcP 157, 89.

3) Vgl. oben S. 19 f.

ten Eigenkraft der gesellschaftlichen Zusammenarbeit"¹⁾. Es geht bei den fehlerhaften Gesellschaften nicht um die Anerkennung soziologischer Tatbestände unter Aufgabe der Vertragslehre, sondern um die Ausfüllung einer Regelungslücke, was methodisch die Beachtung der in unserem Gesetz zum Ausdruck gekommenen Wertentscheidungen erfordert. Ansatzpunkt der Untersuchung muß deshalb das Verhalten der einzelnen Personen unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung bei rechtsgeschäftlicher Betätigung sein, weil auch die Begründung von Gesellschaftsverhältnissen nach unserem Recht der freien Selbstgestaltung durch die beteiligten Personen überlassen worden ist. Im übrigen vermögen wir Siebert bei der Feststellung der materialen Ordnungsgesichtspunkte insoweit zu folgen, als er den entscheidenden Wert auf die personenrechtliche Zusammenarbeit der Beteiligten²⁾ legen will und die Eigenarten der fehlerhaften Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt untersucht, daß es ein fehlerhaftes Dauerschuldverhältnis ist, wenn wir auch Zweifel haben, ob man in unserem Recht ein allgemeines Prinzip des "gesteigerten Bestandsschutzes bei personenrechtlichen Dauerschuldverhältnissen" feststellen kann.³⁾

Schließlich steht die hier vertretene Auffassung im Gegensatz zu der J.v.Gierkes, wenn er den Gesellschaftsvertrag als "sozialrechtliche Einigung" eigener Art ansehen will, für die die Regeln des BGB als Individualrecht von vornherein nicht verbindlich seien; denn auch sozialrechtliche Willensbetätigung ist doch zunächst bewusste willentliche Gestaltung von Ordnungen, für die Fehler in der Willensbildung nicht unerheblich sein können. Eine andere Frage ist es, ob man die Wirkung solcher Fehler aus bestimmten festzustellenden Gründen verschieden ausgestaltet, je nachdem es sich um Gesellschaften oder Verkehrsgeschäfte handelt. Mag es auch richtig sein, daß im Gesellschaftsrecht nach

1) Siebert, Fakt.Vertragsverh. S.58.

2) Siebert aaO. S.49 Anm.159.

3) So Siebert aaO. S.48 ff. Vgl. dazu die hier gegebene Auslegung der Vorschrift des § 346 Satz 2 BGB, oben S.39 f.

außen hervortretende Tatbestände auch bei Fehlern im Außenverhältnis als gültig zu behandeln sind, so kann man doch aus einem solchen "gesteigerten Offenkundigkeitsprinzip" nicht die Gültigkeit im Innenverhältnis folgern, solange man nicht nachweist, daß allein die Gleichbehandlung der Rechtsfragen im Innen- und im Außenverhältnis sachgerecht ist ¹⁾. Auch wenn man für die Entwicklung eines Sonderrechts für die Gesellschaften eintritt ²⁾, ist man an die gewohnheitsrechtlich anerkannten Mittel der Rechtsfortbildung gebunden, d.h. Analogie und Restriktion ³⁾, darüberhinaus allenfalls Fortbildung unter Berücksichtigung höherwertiger rechtsethischer Prinzipien, der "Natur der Sache" oder mit Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs ⁴⁾, immer aber müssen die vom Gesetz abweichenden Sonderlösungen im einzelnen und aus einer Analyse der auftretenden Rechtsfragen und aus einer Bewertung der verschiedenen widerstreitenden Interessen gewonnen werden.

Diesen Anforderungen wird im Ansatzpunkt die Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen gerecht ⁵⁾. Indessen neigen nach unserer Auffassung verschiedene Vertreter dieser Lehre, insbesondere Erman und auch Larenz dazu, die Fragen der vermögensrechtlichen Abwicklung gegenüber der Frage der Entstehung eines Schuld- und Organisationsverhältnisses zwischen den Beteiligten zu sehr in den Vordergrund zu stellen. So kommt Erman im Anschluß an die Feststellung, daß das Gesetz seiner Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion hinsichtlich der vermögensrechtlichen Fragen nicht nachkomme ⁶⁾, ohne weitere Untersuchung der Zurechnungsfragen zu dem Ergebnis, daß "gesellschafts-, schuld- und sachenrechtlich ein wirksames Gesellschaftsverhältnis" entstanden sei ⁷⁾. Bei Larenz heißt es,

- 1) Bei J.v.Gierke HandelsR 7.Aufl. S. 172 heißt es lediglich: "Diese Wirkung...schlägt jedoch auch zurück im Verhältnis der Gesellschaft untereinander".
- 2) So auch Lehmann GesR S. 35 ff (§ 5) und S. 52 ff. (§ 7).
- 3) So Lehmann in NJW 1958, 1.
- 4) So Larenz, Methodenlehre S. 303 ff.
- 5) Vgl. oben S. 23 - 27.
- 6) Erman S. 62 f.
- 7) Erman S. 73.

die Begründung für die teilweise Behandlung der fehlerhaften Gesellschaft nach Gesellschaftsrecht könne nur darin gefunden werden, "daß die sonst unvermeidliche Abwicklung nach Bereicherungsrecht der Sachlage unangemessen" sei, und zwar deshalb, weil bei der fehlerhaften Gesellschaft nicht der eine "auf Kosten eines anderen bereichert" sei.¹⁾ Diese Überbetonung der vermögensrechtlichen Seite dürfte sich namentlich aus der scharfen Gegnerstellung zur Lehre von der faktischen Gesellschaft erklären. Insoweit läßt sich die zutreffende Feststellung, daß es sich bei der fehlerhaften Gesellschaft um Abwicklungsfragen für Ausnahmefälle handelt, mit dem Nachweis vermögensrechtlicher Abwicklungsschwierigkeiten belegen; das darf aber unseres Erachtens nicht dazu führen, zu verkennen, daß die Entstehung eines gesellschaftsrechtlichen Schuld- und Organisationsverhältnisses, das auch die Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen bejaht, jedenfalls auch eine Problematik der Rechtsgeschäftslehre ist und auch von dorthier gelöst werden muß.

Die "fehlerhafte Gesellschaft" ist demnach ein Schuld- und Organisationsverhältnis eigener Art und zwar nach Rechtsvorsatzsetzungen und Rechtsfolgen. Es beruht weder allein auf Willenserklärungen, insofern das Rechtsverhältnis nämlich auch vollzogen sein muß, noch beruht es auf rein objektiven Vorgängen, insofern es sich nämlich um bewussten Vollzug in Ausführung einer selbstgestalteten fehlerhaften Ordnung, d.h. aufgrund fehlerhafter Willenserklärungen handeln muß.²⁾ Der Entstehungstatbestand enthält demnach Willenselemente und objektive Handlungselemente, und zwar über die auch für die Willenserklärung notwendigen objektiven Erklärungshandlungen hinausgehende.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist das Schuld- und Organisationsverhältnis insoweit von besonderer Art, als es - wie schon angedeutet und wie wir im einzelnen noch darstellen werden - auf den Zeitraum des Vollzuges in der Vergangenheit be-

1) Larenz SchR II S.272 (§ 56 VII).

2) Wir stimmen deshalb mit Flume, 100 J.dtsch.Rechtsleben I S.189, überein, wenn er fordert, man müsse sich von dem Vorurteil freimachen, "als ob die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit die Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts im naturwissenschaftlichen Sinne" bedeute.

schränkt ist und durch die Parteivereinbarungen nur so weit geordnet wird, wie diese fehlerfrei sind, im übrigen aber berichtigt wird, es sei denn, daß aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes davon in einzelnen Punkten zugunsten Gutgläubiger eine Ausnahme gemacht wird. Es weicht demnach von dem fehlerfreien Gesellschaftsverhältnis in so großem Maße ab, daß wir es begrifflich weder diesen Gesellschaften im ganzen noch im Wege der Rechtsfiktion für die Rechtsfolgen gleichstellen können¹⁾ und daß wir die "fehlerhafte Personengesellschaft" -genau gesagt die "relativ" fehlerhafte Personengesellschaft im Gegensatz zur absolut fehlerhaften Personengesellschaft in den Fällen der §§ 134, 138 BGB- als ein nach Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen eigenartiges Rechtsinstitut anerkennen müssen, wenn es auch auf die Ausnahmefälle fehlgeschlagener rechtsgeschäftlicher Ordnungssetzung beschränkt ist. Es gibt demnach vollwirksame Personengesellschaften aufgrund fehlerlosen Vertrages und fehlerhafte Personengesellschaften aufgrund fehlerhaften Vertrages. Solange diese noch nicht vollzogen sind, sind sie wie jedes andere fehlerhafte vertragliche Schuldverhältnis zu behandeln. Sind sie vollzogen, so kann in bestimmten Grenzen ein besonderes Regeln unterliegendes gesellschaftsrechtliches Schuldverhältnis anerkannt werden, es sei denn, der Vertragsfehler bestehe in einem so starken Gesetzes- oder Sittenverstoß,

- 1) Vgl. zum Problem der Rechtsfolgenverweisung mit Hilfe einer Rechtsfiktion oder der Verwendung einer Rechtsfiktion zum Zwecke größerer Anschaulichkeit, die hier allenfalls noch zu erwägen wäre, Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 37 ff., S. 48 und S. 200. Danach ist eine fiktive Gleichstellung eines Tatbestandes mit einem anderen schon geregelt aus diesen Erwägungen nur dann am Platze, wenn das in Frage stehende Rechtsverhältnis der vorhandenen Regelung in wesentlichen Punkten und dem Umfang nach eindeutig unterstellt werden kann oder zwischen den Tatbeständen eine "innere Ähnlichkeit" besteht. Beides liegt hier unseres Erachtens nicht vor. Allein die Tatsache, daß das Rechtsverhältnis überhaupt und je nach Art und Auswirkung des Vertragsfehlers verschieden zu berichtigen ist, stellt die fehlerhafte Gesellschaft in so großen Gegensatz zur fehlerlosen, daß eine fiktive Gleichstellung, sei es auch nur bezüglich bestimmter Rechtsfolgen, wertlos erscheint. Anders und für eine fiktive Gleichstellung in gewissen Grenzen Larenz, SchR II, S. 272 f. (§ 56 VII) und Esser, SchR, S. 719 (§ 174.4).

daß die Gesellschaft als absolut fehlerhaft anzusehen und das Rechtsverhältnis nach Bereicherungsrecht, insbesondere unter Anwendung des § 817 BGB, zu behandeln ist ¹⁾.

-
- 1) Die Fälle der ungenehmigten Beteiligung nicht voll geschäftsfähiger Personen, in denen nach überwiegender Ansicht wegen schutzwürdiger entgegenstehender Interessen des nicht voll Geschäftsfähigen ein Gesellschaftsverhältnis unter seinem Einschluß abgelehnt wird, aber eine "faktische Restgesellschaft" besteht, rechnen wir unter die relativ fehlerhaften Gesellschaften. Das geschieht insbesondere mit Rücksicht darauf, daß wir eine gesellschaftsmäßige Abwicklung unter Einschluß des nicht voll Geschäftsfähigen für die Fälle bejahen, in denen sein gesetzlicher Vertreter mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts eine solche Abwicklung wählt. Vgl. dazu oben S. 77 f. und unten S. 162 ff.

II. Teil.

Die Rechtsverhältnisse in der fehlerhaften Gesellschaft im einzelnen.

1. Abschnitt: Die Voraussetzungen für die Annahme einer "fehlerhaften Gesellschaft".

1. Bewußter Zusammenschluß.

Die Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft als -wenn auch besonders ausgestaltetes und berichtigungsbedürftiges- gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis setzt einen von den Beteiligten bewußt geschaffenen tatsächlichen Zusammenschluß gesellschaftlicher Art voraus; denn allein die bewußte Teilnahme an der Gemeinschaft rechtfertigt -wie oben dargestellt¹⁾- die Annahme eines Schuldverhältnisses mit primären Leistungspflichten trotz fehlerhaften Vertrages und die Annahme einer gesellschaftlichen Organisation.

Aber abgesehen von der Frage der Zurechenbarkeit setzt das Gesellschaftsrecht schlechthin einen bewußten Zusammenschluß voraus, da es wesensgemäß nur die Rechtsfolgen bewußt zur Erreichung bestimmter Zwecke gebildeter Gemeinschaften regelt. Die für zufällige Vermögensgemeinschaften typischen Rechtsfolgen werden demgegenüber durch das Gemeinschaftsrecht der §§ 741 bis 758 BGB geregelt. Dieses Erfordernis wird heute übereinstimmend anerkannt, wenn der Akzent im einzelnen auch verschieden gesetzt wird. So spricht Fischer von einer "von den Beteiligten übereinstimmend beabsichtigten und herbeigeführten Begründung eines gemeinsamen gesellschaftlichen Zusammenschlusses"²⁾, Hueck von einer "mit Willen aller Gesellschafter begründeten tatsächlichen Gemeinschaft"³⁾, Erman von einer "Einigkeit über gesellschaftliches Zusammenwirken"⁴⁾

1) Vgl. oben S. 69 ff.

2) Fischer in NJW 1955, 849, Sp.2.

3) Hueck OHG S. 54 u. 58.

4) Erman S. 54.

und Duden fordert, "daß die (Schein)-Gesellschafter sich übereinstimmend als Gesellschafter betrachten und vielfältig betätigen" ¹⁾.

Dieses Erfordernis wird regelmäßig dann erfüllt sein, wenn die Beteiligten einen, wenn auch fehlerhaften, Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben. Ausschlaggebendes Kriterium sollte das Vorliegen eines solchen, wenn auch noch so fehlerhaften und beim Dissens bruchstückhaften Vertragstatbestandes jedoch nicht sein. Man wird dem Bundesgerichtshof, der das Vorliegen eines fehlerhaften Vertrages zur notwendigen Voraussetzung erklärt ³⁾, dahin verstehen dürfen, daß er vor allem klarstellen wollte, daß im Gegensatz zur Lehre von der faktischen Gesellschaft der Wille der Beteiligten nicht unbeachtlich sei ²⁾.

Im übrigen ließe sich das Merkmal "fehlerhafter Vertrag" auch kaum sicher abgrenzen. Mit Recht weist Duden ⁴⁾ darauf hin, daß schon beim Dissens der volle Vertragstatbestand nicht gegeben sei und daß ein "Mindest- Teil- Vertragstatbestand" schwerlich bestimmbar sein dürfte.

Nach unserer Auffassung ist entscheidend, daß es sich um eine aus Selbstgestaltung hervorgegangene, bewußte gemeinsame Betätigung als Gesellschafter handelt, die wiederum ohne einen, wenn auch rechtsgeschäftlich fehlerhaften, insoweit übereinstimmenden Willen der Beteiligten -wie Siebert sagt ⁵⁾- "undenkbar" ist.

2. Vollzug

Nun genügt, wie wir gesehen haben ⁶⁾, bei der fehlerhaften Gesellschaft zur Begründung des gesellschaftsähnlichen Schuldverhältnisses diese "Willensübereinstimmung" nicht, sondern es müssen über den Erklärungstatbestand hinausgehende objektive

1) Baumbach-Duden Anm. 8 B zu § 105 HGB.

2) Ebenso versteht Siebert, Fakt.Vertragsverh. S. 61 f., diese Ausführungen des BGH.

3) BGH in Bd. 11, 190 (190 f.), übrigens ohne seine Entscheidung auf diese Feststellungen zu stützen.

4) Duden bei Baumbach a.a.O. und in JZ 1954, 241.

5) Siebert a.a.O. S. 62.

6) Vgl. oben S. 62 f.

Erfüllungshandlungen hinzukommen, Die Gesellschaft muß -wie es heißt- "in Vollzug" gesetzt worden sein ¹⁾.

Um den Begriff "Vollzug" ausfüllen zu können, muß man sich klar-machen, daß durch das Erfordernis dieser Voraussetzung die Grenzziehung zwischen den fehlerhaften Gesellschaftsverhältnissen, die nach Bereicherungsrecht behandelt werden, und denen, die teilweise nach Gesellschaftsrecht behandelt werden, erfolgt. Wir müssen demnach eine Gesellschaft als in Vollzug gesetzt annehmen, wenn die Voraussetzungen für den Ausschluß des Regelrechts vorliegen, also sobald das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten unter dem Gesichtspunkt der Bildung eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses als besonders gear-tet erscheint, sobald bei Anwendung von Bereicherungsrecht Abwicklungsschwierigkeiten auftreten würden und sobald aus dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes eine teilweise Behandlung nach Gesellschaftsrecht erforderlich ist, wobei nach unserem Ausgangspunkt dem ersten Moment das entscheidende Gewicht zukommt ²⁾.

Ein Vergleich mit dem fehlerhaften Arbeitsverhältnis, für das das Problem einer entsprechenden Grenzziehung ebenfalls besteht, zeigt uns, daß hier die feste Rechtsprechung und Rechtslehre dahin geht ³⁾, daß der Arbeitsvertrag als "vollzogen" gilt, sobald der Arbeitnehmer in den Betrieb des Arbeitgebers eingetreten und damit das Arbeitsverhältnis begründet ist. Dabei ist nicht der tatsächliche Arbeitsbeginn ausschlaggebend, sondern es kann etwa bei Erkrankung des Arbeitnehmers schon vor dem eigentlichen Arbeitsbeginn ein Arbeitsverhältnis entstehen ⁴⁾. Allgemein gesagt kommt es also auf den Zeitpunkt der Entstehung des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses und nicht auf Vermögensleistungen an ⁵⁾.

- 1) Vgl. Hueck OHG S.46,49 u.60 f.; Erman S.19,38 u.58; Baumbach-Duden Anm. 8 D zu § 105 HGB.
- 2) Vgl. oben S. 69 ff., insbesondere S. 71 f.
- 3) Vgl. dazu Hueck-(Nipperdey) ArbR I S. 166 ff. (§32) und Nikisch S. 214 ff. (§23) und die dortigen Nachweise.
- 4) Hueck a.a.O. S. 169 Anm. 5.
- 5) Vgl. Hueck a.a.O. S. 167.

Diese -wenn auch noch sehr allgemeine- Grenzziehung läßt sich auch für die fehlerhaften Gesellschaften übernehmen, für die wir auch die Entstehung der personenrechtlichen Gemeinschaft als entscheidend ansehen, wobei wir nicht verkennen, daß beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis -wie vor allem Ramm gezeigt hat¹⁾- im Gegensatz zur Gesellschaft der Gedanke des Schutzes einer Seite, nämlich des Arbeitnehmers, von ausschlaggebender Bedeutung ist. Für unsere Frage ist dieser Unterschied jedoch ohne Bedeutung, und wir werden damit auf die Vorgänge im Innenverhältnis der Gesellschaft gelenkt.

Die Frage, ab wann "Vollzug" anzunehmen ist, ist in der Literatur umstritten. Erman, Ganßsmüller, Schumann und Weipert wollen Vollzugshandlungen im Innenverhältnis genügen lassen²⁾, während Hueck, Reinhardt, Geßler, Ruland, Lobedanz und Ambos wenigstens ein Außengeschäft fordern³⁾. Der Bundesgerichtshof hat sich insoweit mit der Frage befaßt, als er entschieden hat, daß auch eine GmbH-Gründergesellschaft als faktische Gesellschaft anzuerkennen sei, "wenn sie nach außen und innen ins Leben getreten ist und so viele derartig gewichtige Rechtstat-sachen geschaffen hat, daß Recht und Verkehrssicherheit es verbieten, ihr die rechtliche Anerkennung zu versagen"⁴⁾.

Nach unserer Auffassung kommt es entscheidend auf die Entstehung einer personenrechtlichen Gemeinschaft an, und die kann auch durch reine Vorgänge im Innenverhältnis entstehen, zum Beispiel durch Vorbereitungsarbeiten, die die Arbeitskraft der Gesellschafter in besonderer Weise in Anspruch nehmen können, wobei im übrigen auch vermögensrechtlich eine Behandlung nach Bereicherungsrecht zu Ungerechtigkeiten führen könnte⁵⁾. Damit ist

1) Ramm S. 30 ff.

2) Erman S. 45 u. 58 f.; Ganßsmüller in Betrieb 1955, 258 f.; Schumann in DR 1943, 1193; Weipert Anm. 77 zu § 105 HGB.

3) Hueck OHG S. 49, 60 f.; Haupt-Reinhardt S. 78; Schlegelberger-Geßler Anm. 62 zu § 105 HGB; Ruland S. 115; Lobedanz S. 53 f.; Ambos S. 14.

4) BGH in Betrieb 1954, 597 Sp. 1.

5) Ebenso Ganßsmüller a.a.O. S. 258 Sp. 2. Weitere Beispiele für allein im Innenverhältnis vollzogene Gesellschaften, auf die erkennbar eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht nicht paßt, gibt Erman S. 45.

allerdings, wie die weitere Untersuchung zeigen wird, nicht gesagt, daß die Auseinandersetzung im Wege der Versilberung des schon geschaffenen Gesellschaftsvermögens erfolgen müßte. Die Entscheidung, wann ein solcher Vollzug im Innenverhältnis im Einzelfall anzunehmen ist, könnte dem Richter überlassen werden. Man wird aber im Interesse der Rechtssicherheit ein allgemeines Kriterium anerkennen müssen. In diesem Sinne wird man allgemein sagen können, daß die Gesellschaft dann vollzogen ist, wenn die Gesellschafter über die Leistung der Beiträge hinaus mit ihrer Verwendung begonnen haben ¹⁾ oder wenn sie erhebliche persönliche Leistungen erbracht haben. Das Gesellschaftsverhältnis kann also auch bei reinen Vorgängen im Innenverhältnis als "vollzogen" anzusehen sein, grundsätzlich wird aber wenigstens ein Außengeschäft oder -bei den Handelsgesellschaften- die Eintragung ins Handelsregister Voraussetzung für die Annahme eines Vollzuges sein. Mag diese Grenzziehung auch nicht notwendig konkret für jeden Einzelfall den Übergang vom Gründungsstadium zu dem der Entstehung einer personenrechtlichen Gemeinschaft bezeichnen, so rechtfertigt sich die Festlegung einer allgemeinen Grenze doch aus dem Prinzip der Rechtssicherheit, auch wenn sie sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen als unzutreffend erweisen kann ²⁾.

Einer besonderen Erörterung bedarf noch die Gruppe der Fälle, in denen die Beteiligten übereinstimmend schon bei Vertragsschluß die Behandlung ihres Verhältnisses nach Gesellschaftsrecht nicht wollten. Dieser Fall liegt vor bei der sogenannten "Scheingesellschaft", d.h. dann, wenn die Parteien zwar nach außen einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, sich aber intern in fehlerfreier Weise darüber einig waren, daß dieser Vertrag nur zum Schein geschlossen sein sollte -etwa um einen fremden Namen als Firma verwenden zu können, Steuern zu sparen oder ein Vorkaufsrecht eines Dritten zu vereiteln³⁾ -, während sich

1) Ebenso Ganssmüller a.a.O. S. 258 Sp.2.

2) Insoweit kann, womit auch Ganssmüller a.a.O. und Ambos S.14 Anm.11 die allgemeine Grenzziehung rechtfertigen, das Prinzip der Rechtssicherheit gelegentlich über die Gerechtigkeitsfunktion (im engeren Sinne) des Rechts siegen.

3) Beispiele von Hueck OHG S. 55.

das Verhältnis der Beteiligten untereinander in Wirklichkeit nach anderen Abmachungen und Vorschriften richten sollte. Es gilt hier die gesetzliche Regelung des § 117 BGB, wonach das Scheingeschäft nichtig und das verdeckte Geschäft, falls es ein solches gibt, maßgeblich ist. Es besteht kein Anlaß, von der gesetzlichen Norm abzuweichen, da außenstehende Dritte nach Rechtsscheinsgrundsätzen geschützt sind und der Gedanke der rechtsgeschäftlichen Verantwortung gerade die Bindung an die verdeckte Vereinbarung erfordert. Von der herrschenden Lehre wird deshalb für die Scheingesellschaft die Anwendung von Gesellschaftsrecht abgelehnt¹⁾. Auch der Bundesgerichtshof hat hier das Bestehen einer faktischen Gesellschaft verneint²⁾.

2. Abschnitt: Die Beschränkung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen.

Die Bestimmung eines allgemeinen Inhalts der "fehlerhaften Gesellschaft" ist unmöglich, und zwar nicht nur im Hinblick auf die absolut fehlerhaften Gesellschaften in den entsprechenden Fällen der §§ 134, 138 BGB, sondern auch für die relativ fehlerhaften Gesellschaften, bei denen grundsätzlich die Entstehung eines Schuldverhältnisses zu bejahen ist; denn die Berichtigung des vollzogenen Gesellschaftsverhältnisses erfordert stets eine Beachtung der rechtspolitischen Zwecke der gerade zutreffenden Nichtigkeits- oder Anfechtbarkeitsbestimmung und ihre Abwägung gegenüber den Gesichtspunkten, die sich aus dem Bestand der personenrechtlichen Gemeinschaft ergeben, insbesondere des Vertrauensschutzes der gutgläubigen Mitgesellschafter. Sie hängt also grundsätzlich von der Art des Vertragsfehlers ab. Auf der anderen Seite muß den besonderen Untersuchungen der einzelnen Vertragsfehler eine Erörterung der überhaupt in Betracht kommenden Rechtsfolgen vorausgehen, um einen gewissen Rahmen für die Ausgestaltung der einzelnen Gesellschaftsverhältnisse zu erhalten.

1) Hueck OHG S. 55; Erman S. 64; Haupt-Reinhardt S. 65; Schlegelberger-Geßler Anm. 62 r zu § 105 HGB; Baumbach-Duden Anm. 8 D zu § 105 HGB; Fischer in NJW 1955, 850; Ambos S. 106; a.A. Boesebeck in DR 1943, 1224.

2) BGH bei LM Nr. 4 zu § 105 HGB.

1. Die Geltendmachung des Vertragsfehlers.

a) Die Voraussetzungen für die Geltendmachung.

Die Annahme eines Schuldverhältnisses trotz fehlerhaften Vertrages bedeutet für die betroffenen Gesellschafter eine Einschränkung der Möglichkeit, diesen Fehler für den Zeitraum der Vergangenheit geltend zu machen. Es fragt sich, ob diese Beschränkung auch für die Zukunft gilt, ob man für eine Auflösung des Schuldverhältnisses für die Zukunft das Vorliegen eines wichtigen Auflösungsgrundes im Sinne von § 723 BGB bzw. § 131 HGB fordern muß oder ob dazu grundsätzlich die Tatsache der Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages genügen soll. Die Beantwortung der Frage kann nur aus den für die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen maßgeblichen Grundgedanken erfolgen: Berücksichtigung der bewußten Inanspruchnahme einer personenrechtlichen Gemeinschaft, Vermeidung einer Rückgängigmachung der Einzelakte und Vertrauensschutz. Aus einer Würdigung dieser Gesichtspunkte ergibt sich, daß die Beschränkung allein auf die Vergangenheit bezogen bleiben muß; denn weder einzeln noch in ihrer Summe rechtfertigen es diese Gedanken, den durch die Fehlernorm Geschützten auch für die Zukunft trotz fehlerhafter vertraglicher Verpflichtung als gebunden anzusehen. So sind die durch die Inanspruchnahme der Gemeinschaft empfangenen Leistungen der anderen, die ihrer Natur nach nicht nach Bereicherungsrecht ausgeglichen werden können und deren vermögensrechtliche Rückgängigmachung überdies zu nicht behebbaren Abwicklungsschwierigkeiten führen würde, allein auf den Zeitraum ihrer Erbringung, d.h. auf die Vergangenheit beschränkt. Was das Prinzip des Vertrauensschutzes betrifft, so könnte es zwar begrifflich eine Beschränkung auch für die Zukunft rechtfertigen, es muß aus unserem Recht jedoch auch für die Gesellschaftsverhältnisse eine verbindliche Wertung dahin entnommen werden, daß das Interesse der auf die Gültigkeit des Vertrages Vertrauenden daran, daß das Gesellschaftsverhältnis auch für die Zukunft Bestand behält, hinter dem Interesse des durch die Nichtigkeitsnorm Geschützten daran, für die Zukunft nur durch fehlerfreie willentliche Selbstgestaltung gebunden zu werden, zurücktreten muß. Der Vertragsfehler muß also als Auflösungsgrund grundsätzlich genügen.

Dieses Ergebnis darf als allgemeiner Grundsatz für die fehlerhafte Gesellschaft schlechthin verstanden werden, mag sie nun an einem Willensmangel, an einem Dissens, Formfehler oder an dem Fehler der Unmöglichkeit leiden. Indessen ergibt sich aus der Tatsache, daß der Vollzug der relativ fehlerhaften Gesellschaft zwischen den Beteiligten ein besonderes Schuldverhältnis geschaffen hat, daß die Beteiligten bei der Geltendmachung des Vertragsfehlers an die Grundsätze von Treu und Glauben gebunden sind und deshalb den Vertragsfehler nur geltend machen können, wenn er zum Zeitpunkt der Geltendmachung noch in relevanter Weise wirksam ist¹⁾.

Daran würde es zum Beispiel fehlen, wenn sich ein Gesellschafter über eine als verkehrswesentlich anzusehende persönliche Eigenschaft eines Mitgesellschafters geirrt hat, der Gesellschafter aber inzwischen ausgeschieden und ein anderer an seine Stelle getreten ist. Darüber hinaus wird man für alle Fälle sagen können, daß die Geltendmachung des Vertragsfehlers dann unzulässig ist, wenn der betreffende Gesellschafter in zurechenbarer Weise den anderen Beteiligten gegenüber zu erkennen gegeben hat, daß er auf die Geltendmachung des Fehlers verzichte. Dieses Ergebnis folgt aus § 242 BGB. Der Geltendmachung des Vertragsfehlers kann hier mit der Einrede der Arglist, speziell dem Einwand des venire contra factum proprium begegnet werden²⁾. Der Erörterung dieser Einreden bedarf es hier im einzelnen nicht, sondern nur der Feststellung, daß sie auch im Schuldverhältnis der "fehlerhaften Gesellschaft" gegeben sein können.

Grundsätzlich stimmen wir jedoch in diesem Punkte mit dem Bundesgerichtshof überein, wenn er im Anschluß an die Rechtslehre³⁾, insoweit vom Reichsgericht⁴⁾ abweichend, in seiner

1) Ebenso Hueck OHG S. 54 und Erman S. 29 f. Dieses Ergebnis dürfte allerdings gegen Hueck nicht aus dem Bestehen einer besonderen Treupflicht zu folgern sein, sondern mit Erman aus dem allgemeinen für alle Schuldverhältnisse geltenden Gedanken von Treu und Glauben.

2) Vgl. dazu Erman, S. 29 f., insbesondere S. 30 Anm. 45.

3) BGHZ 3, 285 und S. 292 unter Berufung (S. 290) auf Erman S. 30 f.; Beitzke S. 62; Hueck OHG S. 52 f.; Geßler-Hefermehl Anm. 62 b zu § 105 HGB (2. Aufl. 1950).

4) RG in DR 1941, 1943 (1944) und DR 1943, 1221 (1223).

grundlegenden Entscheidung vom 24.10.1951 ausführt, daß den Besonderheiten einer in Vollzug gesetzten nichtigen Gesellschaft in vollem Umfang genüge getan sei, wenn die Wirkung des Nichtigkeitsgrundes für die Vergangenheit beschränkt werde.

b) Die Form der Geltendmachung.

Die weitere Frage ist die, ob der Vertragsfehler ohne besondere Form oder ob er nur im Wege der Kündigung und bei den Handelsgesellschaften im Wege der Auflösungsklage geltend gemacht werden kann, ob die fehlerhafte Handelsgesellschaft und das damit zwischen den Gesellschaftern bestehende Schuldverhältnis nur durch Auflösungsurteil vernichtet werden kann. Die Frage wird von der Rechtslehre und vom Bundesgerichtshof -ausgenommen die Fälle der §§ 134, 138 BGB und der ungenehmigten Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger- für die fehlerhafte Gesellschaft generell dahin beantwortet, daß die Geltendmachung des Vertragsfehlers bei den Handelsgesellschaften eine Auflösungsklage nach § 133 HGB erfordere¹⁾. Diese Ansicht dürfte für die meisten Vertragsfehler zutreffend sein.

Wenn § 133 HGB im Gegensatz zu § 723 BGB für die Auflösung der OHG aus wichtigem Grund nicht eine einseitige Kündigung genügen läßt, sondern eine gerichtliche Entscheidung verlangt, so deshalb, weil die Stellung der OHG im Handelsverkehr und das berechtigte Verlangen der Gesellschafter nach eindeutiger Klarstellung, ob noch eine werbende Gesellschaft besteht, es erfordern. Auf diese Weise wird vermieden, daß bei Zweifeln über das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Gesellschafter etwa bis zur Rechtskraft eines Feststellungsurteils darüber, ob die Kündigung wirksam war oder nicht, ein Zeitraum der Ungewißheit über den Charakter der Gesellschaft als werbende oder abzuwickelnde besteht²⁾.

1) Hueck OHG S. 51-56; Erman S. 70; Schlegelberger-Geßler Anm. 62 d u. 62 i zu § 105 HGB; Baumbach-Duden Anm. 8 H zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt S. 73; Siebert FaktVertragsverh. S. 65 f.; BGHZ 3, 285 (Leitsatz) und S. 289 f.

2) Vgl. Schlegelberger-Geßler Anm. 16 zu § 133 HGB; Hueck OHG S. 51 f.

Nun ist die Sachlage bei der fehlerhaften Gesellschaft eine ganz entsprechende, insofern auch diese für den Zeitraum ihres Vollzuges ein werbendes Gesellschaftsunternehmen darstellt und in gleicher Weise Zweifel über das Vorliegen eines Vertragsfehlers bestehen können. In diesem Sinne stellen zum Beispiel Hueck¹⁾ und der Bundesgerichtshof²⁾ auf das gleiche Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und auf die Notwendigkeit der Klärung bestehender Zweifel über das Vorliegen eines Vertragsfehlers durch gerichtliche Entscheidung ab.

Diesem Ergebnis dürfte zuzustimmen sein, solange der Vertragsfehler nicht auf einen Unrechtstatbestand zurückgeht. Denn in diesen Fällen kann dem Betroffenen die weitere Bindung bis zur Rechtskraft des Auflösungsurteils bei Berücksichtigung der personenrechtlichen Beziehungen zugemutet werden. Ob sich aber auch für die anderen Fälle der fehlerhaften vollzogenen Gesellschaften entsprechende Zurechnungsgründe finden lassen, ob auch dem arglistig Getäuschten oder widerrechtlich Bedrohten die Erhebung einer Klage und damit zunächst ein weiterer Bestand des Schuldverhältnisses zugemutet werden können, erscheint zweifelhaft³⁾.

Zwar bedarf es in der fehlerfreien Gesellschaft -gleichgültig, was sich die Mitgesellschafter haben zuschulden kommen lassen- stets einer Klage. Das läßt sich aber damit begründen, daß der Gesellschafter in der fehlerfreien Gesellschaft zunächst in fehlerfreier Weise ein Gesellschaftsverhältnis mitbegründet hat, und zwar auch mit der Person, deren Verhalten ihm jetzt etwa den Auflösungsgrund bietet, und daß ihm deshalb die Erhebung einer Klage mit Rücksicht auf seine ursprünglich fehlerfreie entsprechende Bindung ohne weiteres zugemutet werden kann.

Das gilt aber für die fehlerhafte Gesellschaft nicht. Da es für die Entscheidung der Frage, ob dem Betroffenen auch bei

1) Hueck OHG S. 52; ebenso die auf S. 106 Anm. 1 genannte übrige Literatur.

2) BGHZ 3, 285 (289).

3) Fischer in NJW 1958, 972 r.Sp. will auf das Erfordernis einer Klage verzichten, wenn sich der arglistig Getäuschte oder der widerrechtlich Bedrohte ohne die Täuschung oder Drohung gar nicht an der Gesellschaft beteiligt hätte.

Unrechtstatbeständen die Erhebung einer Auflösungsklage zugemutet werden kann, auf die Zurechenbarkeit der Beteiligung an der Gesellschaft ankommt, muß die Frage insoweit bei Erörterung der einzelnen Vertragsfehlerarten entschieden werden.

Bedarf es einer Auflösungsklage, wie es bei allen anderen Fehlertatbeständen der Fall ist, so können für den Zeitpunkt der Geltendmachung des Vertragsfehlers besondere Anforderungen bestehen. So sind in den Anfechtungsfällen grundsätzlich die besonderen Fristen des § 121 BGB bzw. -soweit wir auch in den Fällen eine Auflösungsklage verlangen werden- des § 124 BGB einzuhalten, da kein Grund besteht, den Anfechtungsgründen für Gesellschaftsverhältnisse stärkeres Gewicht beizulegen, als das Gesetz dies grundsätzlich tut¹⁾.

2. Die fehlerhafte Gesellschaft bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers.

Vom Beginn des Vollzuges des Gesellschaftsverhältnisses bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers besteht zwischen den Beteiligten ein gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis, dessen Inhalt sich allerdings nicht nach dem fehlerhaften Vertrage bestimmt, sondern durch eine nach objektiven Maßstäben unter Berücksichtigung des fehlerfreien Parteiwillens zu berichtigende Ordnung gestaltet wird.

Erkennt man ein Schuldverhältnis mit primären Leistungspflichten an, so kann es seiner Struktur nach nur entsprechend dem von den Parteien fehlerfrei gesetzten oder nach objektiven Maßstäben feststellbaren objektiven Sinn und Zweck ausgestaltet sein. Es ist in den hier in Frage stehenden Fällen ein gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis. Entsprechend muß auch das gemeinsame Vermögen als gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen angesehen werden, weil allein dieses der Struktur des Rechtsverhältnisses entspricht, indem es die notwendige Einheitlichkeit durch Ausschluß von Sonderrechtsverhältnissen an Einzelgegenständen erhält, eine Auseinandersetzung im Wege der Liquidation ermöglicht und damit die Rückgängigmachung der einzelnen Vermögensveränderungen vermeidet.

1) Erman S. 68; ebenso Hueck OHG S. 55.

Für den Inhalt der berichtigten Ordnung lassen sich im einzelnen keine allgemeinen Regeln aufstellen, da sie gerade von den jeweils verschiedenen rechtspolitischen Zwecken, von der Stärke des gewährten Schutzes und dem Subjekt des Schutzes der jeweiligen Fehlernorm abhängt. Es läßt sich jedoch allgemein so viel sagen, daß in allen Fällen, in denen das Gesellschaftsverhältnis objektiv nicht sinnlos war, die objektiv richtige Ordnung auch eine gesellschaftsrechtliche ist, daß sie den Beteiligten also wie bei der fehlerlosen Gesellschaft Rechte gewährt und Pflichten auferlegt, die Geschäftsführung regelt, Gewinn- und Verlustbeteiligung festlegt und daß das Vermögen als gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen anzusehen ist¹⁾. Diese Ergebnisse sind Auswirkungen der oben²⁾ als notwendig gekennzeichneten Anerkennung eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses und der Vermeidung einer Rückgängigmachung der von den Beteiligten erbrachten Leistungen und der sonstigen das Innenverhältnis berührenden Vermögensverschiebungen.

Der Inhalt der berichtigten Ordnung wird abgesehen von der Art des Vertragsfehlers und der Schutzwürdigkeit des Betroffenen bzw. der Mitgesellschafter davon abhängen, ob der Vertragsfehler sich nur auf Modalitäten des Vertrages oder auf die Gesellschaftsgründung schlechthin ausgewirkt hat. Hätten die Parteien auch ohne den Vertragsfehler eine -wenn auch anders ausgestaltete - Gesellschaft gegründet, so wird der Richter die angemessene Regelung regelmäßig unter Anknüpfung an einen nachträglich für den gedachten Fall der Kenntnis des Vertragsfehlers als wahrscheinlich anzusehenden Parteiwillen gewinnen können. Er wird etwa bei Festsetzung eines Gewinnverteilungsschlüssels unter dem Einfluß falscher Vorstellungen

-
- 1) Diese Ergebnisse werden heute allgemein bejaht. Vgl. Hueck OHG S. 57 f. und 59 f.; Erman S. 73, 78 und 88 f.; Haupt-Reinhardt S. 73, 75 und 76; Baumbach-Duden Anm. 8 B, F und H zu § 105 HGB; Weipert Anm. 73 zu § 105 HGB; Fischer in NJW 1958, 971 f.; Lehmann GesR S. 40; ebenso der Bundesgerichtshof, vgl. BGHZ 3, 285 (288 f.) und insbes. BGHZ 17, 160 (167). Im übrigen vgl. die Nachweise oben S. 12 f.
- 2) Vgl. oben S. 69 ff.

der Beteiligten über die Höhe des Wertes der Einlage eines Gesellschafters den Gewinnverteilungsschlüssel zugrundelegen, den die Parteien nach dem im Handelsverkehr Üblichen und nach den besonderen Umständen des Falles voraussichtlich bei Kenntnis des Fehlers vereinbart hätten.

Hätten die Parteien aber, denkt man den Vertragsfehler, etwa einen Betrug unter Vorspiegelung der günstigen Auswertbarkeit eines in Wahrheit geringwertigen Patents, hinweg, die Gesellschaft nicht gegründet, so fällt dem Richter die schwierige Aufgabe zu, das Gesellschaftsverhältnis für den Zeitraum der Vergangenheit nach dem zu ordnen, was die Parteien redlicherweise hätten vereinbaren müssen, wenn sie die Gesellschaft doch gegründet hätten. Es handelt sich also um die Anwendung eines objektiven Maßstabes, bei dem das Zurückgehen auf einen angenommenen Parteiwillen wie bei den Fällen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur klarstellen soll, daß es sich um die nachträgliche Ordnung fehlgeschlagener Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen handelt, die grundsätzlich der freien Selbstgestaltung durch die Beteiligten vorbehalten sind.

3. Die fehlerfreie Gesellschaft nach Geltendmachung des Vertragsfehlers.

a) Die Auseinandersetzung.

Die Tatsache, daß auch die fehlerhafte Gesellschaft als -wenn auch berichtigungsbedürftiges- Gesellschaftsverhältnis mit Rechten und Pflichten unter den Beteiligten und einem gemeinsamen Gesellschaftsvermögen anzuerkennen ist, erfordert nach Rechtskraft des Auflösungsurteils bei den Handelsgesellschaften bzw. nach Kündigung bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft eine besondere Abwicklung des Rechtsverhältnisses. Nach herrschender Auffassung findet bei den fehlerhaften Handelsgesellschaften eine Liquidation gemäß den §§ 145 ff. HGB statt¹⁾.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da diese Vorschriften

1) Hueck OHG S. 59; Erman S. 57 und 73; Baumbach-Duden Anm. 8 H zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt S. 73; mit Modifizierungen Fischer in NJW 1958, 972. Weitere Nachweise vgl. oben S. 13 Anm. 3.

regelmäßig auch der eigenartigen in der fehlerhaften Gesellschaft bestehenden Lage am ehesten gerecht werden, indem sie ein geordnetes Verfahren anordnen, nach dem die noch mit Dritten bestehenden Schuldverhältnisse abgewickelt und die Vermögensbeziehungen unter den Beteiligten in angemessener Weise aufgelöst werden können. Sie tragen in den entsprechenden Fällen insbesondere der Tatsache Rechnung, "daß eine tatsächliche Gemeinschaft bestanden hat, und zwar nicht nur in Bezug auf einzelne Rechte, wie es das Wesen der Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB ist, sondern in Bezug auf ein ganzes Vermögen, und daß diese Vermögensgemeinschaft dem Betriebe eines Handelsunternehmens unter gemeinschaftlicher Firma gedient hat"¹⁾. Die Liquidation nach den §§ 145 ff. HGB erscheint deshalb als die regelmäßig "angemessene Regelung", so daß sie grundsätzlich durchzuführen ist, es sei denn, die Parteien hätten die entsprechenden Vorschriften als Dispositivnormen vom Vertragsfehler unbeeinflusst ausgeschlossen oder eine Liquidation würde den erkennbaren Eigenarten des Gesellschaftsverhältnisses nach objektivem Maßstab nicht gerecht.

Diese zuletzt genannten Fälle werden allerdings nicht so selten sein. Das wird deutlich, wenn man sich den besonderen Inhalt der gesetzlichen Liquidationsregelung klarmacht. Die für die Parteien materiellrechtlich wichtigste Regelung der Liquidationsvorschriften ergibt sich aus den §§ 149 und 155 HGB, wonach das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen und dieses unter die Gesellschafter zu verteilen ist. Diese Regelung liegt, wie leicht zu erkennen ist, nicht immer im Interesse der Parteien. Infolgedessen gibt es viele Verträge, in denen abweichende Regelungen getroffen werden, zum Beispiel Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch einen oder mehrere Gesellschafter oder Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen statt Einzelveräußerung oder Naturalteilung. Häufig wird es auch vorkommen, daß einzelne Liquidationsregeln durch Vertrag oder nachträglichen Beschluß abgeändert werden, zum Beispiel besondere Regelungen über die Personen der Liquidatoren oder über die Vertretungsbefugnis während

1) Hueck a.a.O.

der Liquidation getroffen werden ¹⁾.

Ebenso wie aus dem Vertrage kann sich auch aus dem Parteiverhalten bei Vertragsschluß oder aus den besonderen Eigenarten des Gesellschaftsverhältnisses ergeben, daß eine andere Auseinandersetzungsregelung als die der §§ 145 ff. HGB "angemessen" ist. Auch hier hat der Richter wie bei der Feststellung des materiellen Vermögensverteilungsmaßstabes notwendigerweise einen verhältnismäßig großen Entscheidungsspielraum.

In diesem Rahmen nehmen die Fälle eine besondere Stellung ein, in denen einer oder mehrere Gesellschafter ganze Unternehmen eingebracht haben, sei es, daß einer ein Einzelhandelsgeschäft einbringt, oder sei es, daß mehrere Einzelhandelsgeschäfte bzw. Gesellschaftsunternehmen zusammengeschlossen werden sollen. Gemäß der Eigenart der Gesellschaftsverhältnisse wird die angemessene Abwicklungsregelung hier regelmäßig darin liegen, daß die Einzelnen ihre eingebrachten Geschäftsunternehmen -evtl. gegen Zuzahlung- zurückerhalten. Diese Regelung kann selbst dann die "angemessene" sein, wenn der Vertrag ausdrücklich eine Liquidation vorsieht. Denn meist werden die Parteien bei dieser Regelung nicht daran gedacht haben, daß ihre Gründung scheitern könnte und daß schon nach kurzer Zeit eine Auseinandersetzung erfolgen würde. Insbesondere in den Fällen, in denen von den Parteien die Gründung einer beruflichen Existenz unter Einbringung eines Geschäftsunternehmens beabsichtigt war, die nunmehr gescheitert ist, würde eine Liquidation mit Versilberung des Vermögens den Interessen der Beteiligten nur selten gerecht.

Kommt der Richter zu dem Ergebnis, daß eine Liquidation nach den §§ 145 ff. HGB angemessen ist, so wendet er diese Vorschriften auf das Rechtsverhältnis an. Allerdings kann der Gesichtspunkt, daß es sich um ein *fehle r h a f t e s* Gesellschaftsverhältnis handelt, zu einer besonderen Ausnahme im Rahmen der Anwendung der Liquidationsvorschriften führen. Dieses Problem hängt mit der Frage eines besonderen Einlagerückforderungsrechts zusammen, das im Folgenden erörtert werden soll.

1) Vgl. zu den praktischen Möglichkeiten Sudhoff, S. 292.

b) Das Recht auf Rückforderung der Einlage und auf Verweigerung der Beiträge.

In allen Fällen, in denen die Auseinandersetzung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses nach den §§ 145 ff. HGB durchgeführt wird, müßten das vorhandene Vermögen und damit auch alle noch in Natur vorhandenen Einlagen veräußert werden. Der einzelne Gesellschafter würde allein Anspruch auf einen Liquidationsanteil in Geld haben, würde aber seine Einlage verlieren, ausgenommen, er erwirbt sie bei der Umsetzung in Geld, sei es freihändig oder sei es bei der Versteigerung.

Zum Schutze des betroffenen Gesellschafters, der möglicherweise ein erhebliches Interesse daran hat, seine noch in Natur vorhandene Einlage zurückzuerhalten, wird diesem heute überwiegend ein besonderes Rückforderungsrecht zugebilligt ¹⁾. Danach kann der Gesellschafter, dessen Einlage noch in Natur im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, diese unter Anrechnung ihres Wertes auf den Liquidationsanteil herausverlangen.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Ein besonderes Interesse eines Gesellschafters, seine Einlage in Natur zurückzuerhalten, kann zwar auch in der fehlerfreien Gesellschaft bestehen, in der es nach dem Gesetz kein Rückforderungsrecht gibt, solange die Gesellschafter vertraglich nichts anderes vereinbart haben. Diese Rechtsfolge kann jedoch auf die fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse nicht übertragen werden, weil dem betroffenen Gesellschafter eine solche Belastung nicht zugemutet werden kann. Es ist zu beachten, daß die fehlerhafte Gesellschaft auf eine von vornherein fehlgeschlagene Selbstgestaltung von Rechtsbeziehungen zurückgeht und daß dem einzelnen Betroffenen eine Bindung nur soweit zugemutet werden kann, wie sie zum Schutze der Mitbeteiligten erforderlich ist. Deren Interesse kann aber dadurch genüge getan werden, daß die Rückforderung der Einlage nur gegen Anrechnung ihres Wertes auf den Auseinandersetzungsanspruch zugebilligt wird.

1) Hueck OHG S. 60; Erman S. 81; Engelskirchen S. 129 ff.; in beschränktem Umfange auch Ambos S. 97; grundsätzlich ablehnend, aber für Anspruch auf Verkauf zum Liquidationspreis Ruland S. 77 ff.

Zwar können darüberhinaus Mitgesellschafter ein Interesse an der Veräußerung der Einlage eines bestimmten Gesellschafters haben, das durch einen Vermögensausgleich des Zurückfordernden nicht voll berücksichtigt wird; dieses Interesse muß aber wie das Interesse an der Fortführung der Gesellschaft auch bei den Gutgläubigen gegenüber dem Interesse des gutgläubigen Betroffenen zurücktreten, weil diesem die Benachteiligung nicht zumutbar ist. Anders ist es nur in den Fällen, in denen der Zurückfordernde den Vertragsfehler kannte. Ihm ist die Benachteiligung zumutbar, d.h. er kann seine Einlage nicht zurückfordern, wenn gutgläubige Mitgesellschafter irgend ein schutzwertes Interesse an der Mitversilberung der Einlage des Bösgläubigen haben, welches durch vermögensmäßigen Ausgleich nicht gedeckt werden kann.

Der Gutgläubige dagegen kann, sobald über die Auflösung der Gesellschaft keine Zweifel mehr bestehen -also spätestens mit Rechtskraft des Auflösungsurteils-, die Rückübereignung seiner noch in Natur vorhandenen Einlage verlangen. Dieses Recht des Gutgläubigen ist zwar hinsichtlich der Möglichkeit, es geltend zu machen, grundsätzlich nicht beschränkt¹⁾. Der Betroffene muß aber möglicherweise verschiedene Nachteile in Kauf nehmen, wenn er sein Rückforderungsrecht geltend macht.

Mindert sich der Verkaufserlös für das Gesellschaftsvermögen ohne seine Einlage um mehr als den Wert seiner Einlage, so muß er sich auch diese Wertminderung anrechnen lassen. Diese Regelung muß deshalb gelten, weil als gemeinsames Auseinandersetzungsguthaben das im Augenblick der Geltendmachung des Vertragsfehlers vorhandene Vermögen einschließlich aller noch in Natur vorhandenen Einlagen angesehen werden muß und sich die Auseinandersetzungsansprüche der Beteiligten also nach dem Wert dieses Vermögens berechnen; denn es ist oft nur ein Zufall, wessen Einlage noch in Natur vorhanden ist. Die übrigen Mitgesellschafter dürfen aber aus einer solchen Zufälligkeit keinen Nachteil erleiden. In besonderen Fällen

1) a.A. Ambos S. 97, der die Rückforderung generell erst dann zuläßt, wenn die Einlage nicht mehr benötigt wird.

kann ein Beteiligter aus diesem Grunde sogar verpflichtet sein, seine Einlage im Gesellschaftsvermögen zu belassen, bis sie im Rahmen der Erledigung der Liquidationsgeschäfte nicht mehr benötigt wird. Er ist aber aus den dargelegten Gründen nicht verpflichtet, die Versilberung der Einlage zu dulden, muß sich dann allerdings die Minderung des Verkaufserlöses anrechnen lassen, möglicherweise entsprechende Geldbeträge zuschießen.

In engem Zusammenhang mit dieser Frage, ob ein Recht auf Rückforderung noch in Natur vorhandener Einlagen besteht, steht die weitere Frage, ob die Gesellschafter ab Geltendmachung des Vertragsfehlers ein Recht haben, die Leistung der noch nicht erbrachten Beiträge zu verweigern. Ein Gesellschafter, der damit rechnet, daß die Gesellschaft bald aufgelöst wird, wird kein Interesse mehr haben, seine Beiträge noch zu leisten, insbesondere, wenn es sich um Sachleistungen handelt, die ihm wegen der baldigen Auflösung der Gesellschaft weder direkt noch indirekt Profit bringen werden und deren Veräußerung im Rahmen der Liquidation er befürchtet. Der einzelne Beteiligte wird deshalb oft versuchen, die Leistung noch ausstehender Beiträge zu umgehen.

Das Bestehen eines besonderen Beitragsverweigerungsrechts in der fehlerhaften Gesellschaft wird heute überwiegend bejaht. Im einzelnen werden hinsichtlich Voraussetzungen und Umfang verschiedene Ansichten vertreten. Hueck ¹⁾ will grundsätzlich allen Gesellschaftern wegen der Mangelhaftigkeit des Vertrages von vornherein ein Leistungsverweigerungsrecht geben, solange die Gesellschaft nicht notleidend wird. In diesem Falle sollen die Gesellschafter nach seiner Ansicht analog § 748 BGB kapitalanteilmäßig zur Leistung herangezogen werden können. Erman ²⁾ bejaht ein Beitragsverweigerungsrecht erst ab Erhebung der Auflösungsklage ebenfalls mit der Einschränkung, daß die Gesellschaft nicht notleidend werden dürfe.

Eine ähnliche Auffassung vertritt Ruland ³⁾, der nach Geltend-

1) Hueck OHG S. 56.

2) Erman S. 80.

3) Ruland S. 85 ff.

machung des Vertragsfehlers ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, soweit sich aus § 242 BGB nichts anderes ergebe. Reinhardt¹⁾ gibt ab Klageerhebung ein beschränktes Leistungsverweigerungsrecht und will im übrigen auch wie Hueck und Erman § 748 BGB entsprechend heranziehen.

Nach unserer Auffassung muß für die Fälle der Handelsgesellschaften, in denen wir zur Auflösung der Gesellschaft ein Auflösungsurteil fordern²⁾, der Zeitraum von der Geltendmachung des Vertragsfehlers bis zur Rechtskraft des Auflösungsurteils von dem Zeitraum danach abgehoben werden. Vor Rechtskraft des Urteils gelten nur die Beschränkungen der Leistungspflichten -und zwar der nach einer berechtigten Regelung anzunehmenden Leistungspflichten-, die auch in einer gültigen Gesellschaft bestehen würden. Die Gesellschafter können also nach Erhebung der Auflösungsklage ihre Beiträge nur insoweit verweigern, als sie für die Zwecke der Liquidation, vor allem zur Tilgung der Gesellschaftsschulden nicht erforderlich sind³⁾.

Wollte man hier ein unbeschränktes Leistungsverweigerungsrecht geben, so könnte der Grundsatz, daß Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe nur über die Auflösungsklage geltendgemacht werden können, seinen Zweck, den Bestand der Gesellschaft bei zweifelhafter Rechtslage bis zur Rechtskraft der Entscheidung zu sichern, nicht mehr erfüllen. Soweit man den Beteiligten also eine Klage zumuten kann, wird man sie auch wie bei der fehlerfreien Gesellschaft über das Maß des § 748 BGB hinaus zur Aufbringung der für den Weiterbestand des Gesellschaftsunternehmens bis zur Rechtskraft des Auflösungsurteils erforderlichen Beiträge heranziehen dürfen.

Nach Rechtskraft des Auflösungsurteils besteht jedoch grundsätzlich keine Verpflichtung mehr zur Leistung der für den Weiterbestand des Unternehmens erforderlichen Beiträge. Eine

1) Haupt-Reinhardt S. 76 f.

2) Die Ausnahmen in den Fällen, in denen der Vertragsfehler auf einen Unrechtstatbestand zurückgeht, vgl. unten S. 154 f.

3) So für die gültige Gesellschaft Hueck OHG S. 313; RGZ 45, 153 (155).

Beitragspflicht kann hier allenfalls noch insoweit angenommen werden, wie Leistungen der Gesellschafter erforderlich sind, um eine erhebliche Verringerung des Wertes des vorhandenen Gesellschaftsvermögens zu verhindern, und soweit sie nicht den Rahmen von angemessenen Verwaltungskosten übersteigen. Diese Pflicht geht aber immer nur auf Leistung von Geldbeträgen. Soweit man hiernach zu einer Verpflichtung der Gesellschafter kommt, wird man sie mit einer entsprechenden Anwendung des § 748 BGB rechtfertigen können, insofern man ihn als Ausdruck eines für alle Vermögensgemeinschaften geltenden Rechtsgedankens wird ansehen dürfen.

c) Die besondere Berichtigung der Kapitalkonten.

In den Fällen, in denen eine Liquidation nach den §§ 145 ff. HGB stattfindet, erfolgt zum Abschluß die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter. Nach § 155 Abs.1 HGB wird das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich aus der Schlußbilanz ergeben, verteilt. Die Kapitalanteile sind deshalb maßgebend, weil sich in ihnen die Einlage, der in den Jahren angefallene Gewinn oder Verlust sowie die Entnahmen (§ 120 Abs.2 HGB) und der Anteil am Liquidationsgewinn oder -verlust des jeweiligen Gesellschafters rechnungsmäßig niedergeschlagen haben.

Erfordert nun die "angemessene Regelung" eine Berichtigung der Berechnungen der Vergangenheit, ist insbesondere der angewandte Gewinn- und Verlustverteilungsschlüssel zu berichtigen, so bedarf es einer Korrektur der Kapitalanteile. Dieser Grundsatz muß materiellrechtlich uneingeschränkt gelten, auch wenn die fehlerhafte Gesellschaft jahrelang bestanden hat, wenn die Beteiligten unterschiedliche Anteile hatten und in unterschiedlicher Höhe Kapital entnommen haben. Denn der Gesichtspunkt des tatsächlichen Vollzuges über lange Zeit kann eine Berichtigung der den fehlerhaften Vereinbarungen entsprechenden Vollzugshandlungen nur soweit erübrigen, wie der Gedanke des Verkehrs- und Vertrauensschutzes es rechtfertigt. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch schon bei Feststellung der angemessenen

Regelung selbst zu beachten ¹⁾, so daß er das Maß der Berichtigung entsprechend der angemessenen Regelung nicht mehr bestimmen kann.

Läßt sich in solchen Fällen eine Rückrechnung praktisch kaum mehr durchführen -die Bilanzen schließen beispielsweise ohne Gewinn- und Verlustvortrag aneinander an-, so werden diese Schwierigkeiten prozessual doch weitgehend durch die Vorschrift des § 287 Abs.2 in Verbindung mit Abs.1 ZPO, die dem Richter eine freie Schätzung der Höhe der Forderung gestattet, behoben. Es wird dann allerdings im Streit der Gesellschafter über die Höhe der Anteile am Auseinandersetzungsguthaben auf das Verhältnis der Schwierigkeiten der Aufklärung zur Bedeutung der streitigen Forderungen ankommen.

d) Die Berücksichtigung von Schadensersatzansprüchen.

Außerdem können im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung alle unter den Gesellschaftern bestehenden Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden, soweit ihre Entstehung aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührt. Diese Schadensersatzansprüche bemessen sich nach Grundlage und Umfang nach den allgemeinen Bestimmungen. Der Anerkennung besonderer Anspruchsgrundlagen bedarf es nicht ²⁾.

Von besonderer Bedeutung sind Schadensersatzansprüche in den Fällen, in denen ein oder mehrere Gesellschafter den Vertragsfehler schuldhaft verursacht haben. Als Anspruchsgrundlagen kommen hier die Grundsätze über die Haftung wegen culpa in contrahendo, § 826 BGB und evtl. auch § 823 Abs.2 BGB, insbesondere in Verbindung mit den §§ 263 und 253 StGB in Betracht. Zwar wird in solchen Fällen meist der über einen Schadensersatzanspruch auszugleichende Schaden wegen der Abwicklung nach einer "angemessenen Regelung" nicht so hoch sein, wie er es bei Abwicklung nach dem fehlerhaften Vertrage gewesen wäre. Der Schadensersatzanspruch wird deshalb als Gerechtigkeitsgarantie auch nicht solche Bedeutung

1) Vgl. oben S. 87 ff.

2) Ebenso Erman S. 87.

haben; es kann aber trotzdem ein zu ersetzender Schaden übrigbleiben, weil die "angemessene Regelung" nur eine gerechte Bewertung der tatsächlich vollzogenen gesellschaftsinternen Vorgänge gewährleistet, außergesellschaftliche hypothetische Kausalverläufe aber meist nicht berücksichtigt. Ein solcher übrigbleibender Schaden würde sich zum Beispiel in dem Falle ergeben, in dem ein durch arglistige Täuschung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages Veranlaßter ohne die Täuschung ein anderes Geschäft begonnen hätte, wobei er nachweislich höhere Gewinne erzielt hätte, als ihm bei Abwicklung der Gesellschaft nach angemessener Regelung zustehen.

Sodann kommen unter den Gesellschaftern Schadensersatzansprüche wegen Unmöglichkeit, Verzug oder positiver Forderungsverletzung bei Verletzung der Pflichten in Betracht, die die Gesellschafter nach der berichtigten angemessenen Regelung zu erfüllen hatten. Als Beispiele seien die Nicht- oder Schlechterfüllung von Geschäftsführungspflichten sowie die verspätete oder unterlassene Leistung der Einlagen genannt.

Eine besondere Schadensersatzpflicht kann, wie § 122 BGB zeigt, auch den treffen, der die Gesellschaft zur Auflösung bringt. Eine Haftung ohne Verschulden kommt aber nur im Falle der Anfechtung wegen Irrtum in Betracht.

3. Abschnitt: Der verschiedene Inhalt des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses je nach der Art des Vertragsfehlers.

1. Formfehler.

a) Die verschiedenen rechtspolitischen Zwecke von Formvorschriften.

Nach § 125 Satz 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge (§ 125 Satz 2 BGB). Ein Formfehler hat demnach grundsätzlich die gleiche Wirkung wie andere Nichtigkeitsgründe. Die Berufung auf einen Formfehler ist grundsätzlich zulässig, und zwar auch dann, wenn

die Parteien das Geschäft zunächst als gültig behandelt haben. Nur in Ausnahmefällen kann der Geltendmachung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden ¹⁾.

Für die Gesellschaftsverhältnisse, die auf formnichtigem Verträge beruhen, ergibt sich daraus, daß -abgesehen von den besonderen Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs.2, 766 Satz 2, 2301 Abs.2 BGB, in denen kraft gesetzlicher Vorschrift bei Vollzug stets Heilung eintritt- eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen nur soweit am Platze ist, wie es die Tatsache des Vollzuges in der Vergangenheit erfordert. Das aber heißt, daß der Formfehler für die Zukunft jedenfalls seine Wirkung behalten muß, daß jeder Gesellschafter also auch bei Vorliegen eines Formfehlers das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis grundsätzlich für die Zukunft zur Auflösung bringen kann.

Für den Zeitraum der Vergangenheit werden die allgemeinen Nichtigkeitsfolgen nach den oben im allgemeinen Teil ²⁾ gewonnenen Ergebnissen dahin beschränkt, daß trotz Vertragsfehlers die Entstehung eines gesellschaftsrechtlichen Schuld- und Organisationsverhältnisses unter den Beteiligten anzunehmen ist.

Die rechtspolitischen Zwecke der jeweils verletzten Formvorschrift erfordern es nicht, die aus dem Gesichtspunkt der Verantwortung der Beteiligten für ihr Handeln gebotene Anerkennung der personen- und vermögensrechtlichen Beziehungen zu verneinen. Das gilt allgemein, mögen die Vorschriften auf Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit oder Beweissicherung gerichtet sein, mögen sie einen oder mehrere Beteiligte vor Übereilung schützen oder ihnen fachmännische Beratung sichern wollen oder mögen sie der Erkennbarkeit von Rechtsverhältnissen für Dritte, der Überwachung oder der Erschwerung des Vertragsschlusses im Sinne des Gemeinschaftsinteresses dienen ³⁾. Insbesondere erfordert die

1) Vgl. dazu Staudinger-Weber § 242 Anm. B 417 ff., insbesondere D 418 f. und die dortigen Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur.

2) Vgl. oben S. 69 ff.

3) Diese acht verschiedenen Zwecke von Formvorschriften unterscheidet Heldrich in AcP 147 S. 91-93.

Verletzung einer Formvorschrift nicht die Rückgängigmachung der geschehenen Vermögensverschiebungen und die rechtliche Mißbilligung der personenrechtlichen Beziehungen, weil etwa die Vollzugshandlungen selbst wie im Falle des § 134 BGB vom Rechts mißbilligt wären.

Selbst in den Fällen, in denen Überwachung und Erschwerung des Vertragsschlusses die rechtspolitischen Zwecke des Formgebots sind, sie also ausschließlich im Gemeinschaftsinteresse liegen ¹⁾, kann das schon tatsächlich vollzogene Rechtsverhältnis anerkannt werden. Es ist nämlich zweierlei, ob man ein noch nicht abgewickeltes Rechtsgeschäft verhindert oder ein schon vollständig abgewickeltes Rechtsverhältnis nachträglich wieder rückgängig macht. Mit Recht sagt Heldrich allgemein für alle Rechtsgeschäfte, daß der Gesetzgeber sich nicht mit der Erschwerung eines Geschäfts durch eine Formvorschrift begnügt, sondern es überhaupt verbietet, wenn das Interesse der Gemeinschaft daran, daß bestimmte Geschäfte unterbleiben, so stark ist, daß ein bereits abgewickeltes Geschäft rückgängig gemacht werden muß ²⁾.

Das Problem beschränkt sich demnach auf die Frage, inwieweit das vollzogene Rechtsverhältnis mit Rücksicht auf die rechtspolitischen Zwecke des verletzten Formgebots "berichtigt" werden muß oder -mit anderen Worten- inwieweit die für die fehlerhafte Gesellschaft maßgebliche angemessene Regelung von der im fehlerhaften Vertrag gesetzten Ordnung abweichen und welchen Inhalt sie insoweit haben muß.

b) Formgebote im Interesse der Allgemeinheit oder im Interesse aller Beteiligten.

Berührt ein Formgebot nur die Interessen der Allgemeinheit wie in den Fällen, in denen das Gebot etwa der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung von Geschäften einer bestimmten Art einer Überwachung durch die beurkundende Stelle oder

1) Heldrich a.a.O. S. 93.

2) Heldrich a.a.O. S. 99. Im gleichen Sinne kommt Fischer in NJW 1955, 850 Sp.2 zu dem Ergebnis, daß der Anerkennung der formnichtigen Gesellschaft grundsätzlich keine "überwiegenden Interessen der Allgemeinheit" im Sinne des BGH (vgl. BGHZ 3, 285) entgegenstehen.

ihrer Erschwerung dienen soll ¹⁾, so bestehen gegen die grundsätzliche Maßgeblichkeit des fehlerhaften Vertrages keine Bedenken, da die Abreden im Verhältnis der Gesellschafter untereinander als "richtig" und damit als angemessen erscheinen. Hat man sich einmal entschlossen, das Interesse der Gemeinschaft an der Nichtigkeit für den Zeitraum der Vergangenheit zurückzustellen, so bedarf es im Innenverhältnis keiner weiteren Korrektur des fehlerhaften Vertrages. Rechte und Pflichten in der Vergangenheit, die bei der Abwicklung insbesondere in Form von Schadensersatzansprüchen von Bedeutung werden, sowie Form und Inhalt der Auseinandersetzung richten sich nach dem fehlerhaften Vertrage. Das Gleiche gilt für die Fälle, in denen die Erkennbarkeit des Inhalts des Rechtsverhältnisses für Dritte der Zweck des Formgebots war, da auch dieser Zweck nicht in das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern hineinwirkt und die Abmachungen der Beteiligten trotz des Fehlers insoweit "richtig" sind.

Im Gegensatz dazu stehen die Formgebote, die im Interesse eines, mehrerer oder aller Beteiligten bestehen. Betrachten wir zunächst die Zwecke, die regelmäßig im Interesse aller Beteiligten liegen, nämlich Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit und Beweissicherung, so zeigt sich, daß sich auch in diesen Fällen eine "Berichtigung" des Rechtsverhältnisses erübrigen wird. Ist das Gesellschaftsverhältnis einmal vollzogen, so brauchen sich zwar diese Zwecke nicht erledigt zu haben, sie sind jedoch in ihrer Bedeutung zurückgetreten. Berücksichtigt man weiter, daß das Gleichgewicht der Abmachungen durch die genannten Zwecke grundsätzlich nicht berührt wird, so läßt sich sagen, daß in Anbetracht des tatsächlichen Vollzuges der personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Gemeinschaft für den Zeitraum der Vergangenheit von dem Fehler abgesehen werden kann und die vertraglichen Vereinbarungen im ganzen als angemessene Regelung anzusehen sind.

1) Diese Zwecke führt Heldrich a.a.O. S. 92 f. als Möglichkeiten de lege ferenda an. Die Formgebote unseres Rechts verfolgen, soweit ersichtlich, jeweils wenigstens auch andere Zwecke, so daß die Erörterung insoweit nur von theoretischem Interesse ist.

c) Formgebote im Interesse einzelner Beteiligter vor Erbringung der fraglichen Leistung.

Das Bedürfnis einer Berichtigung der fehlerhaften vertraglichen Grundlage ergibt sich erst in den Fällen, in denen das verletzte Formgebot nur im Interesse eines oder einiger Beteiligter gesetzlich erlassen oder vertraglich vereinbart war. Hier sind die Vereinbarungen im Falle des Formverstößes nach dem Willen des Gesetzgebers bzw. der Parteien nicht im Gleichgewicht, da es gerade an dem mit dem Formerfordernis beabsichtigten Schutz -z.B. Übereilungsschutz oder Gewähr der fachmännischen Beratung- gefehlt hat. Diese Fälle erfordern eine besondere Untersuchung, vor allem auch deshalb, weil sie praktisch die bedeutendsten Fälle sind, da fast alle für Gesellschaftsverträge relevanten gesetzlich normierten Formgebote jedenfalls auch den besonderen Schutz eines am Rechtsgeschäft Beteiligten bezwecken, so z.B. §§ 311, 312, 313 ¹⁾, 518, 566, 581, 761, 766, 780, 781, 2301, 2371, 2385 BGB, 15 Abs. 4 GmbHG.

Ist ein Gesellschaftsvertrag nach einer dieser Vorschriften nichtig, so ist er es jeweils mit Rücksicht auf eine bestimmte Verpflichtung, etwa die Verpflichtung zur Einbringung eines Grundstücks. Schon mit Rücksicht auf die Heilungswirkung auch für die Zukunft in den Fällen der §§ 313, 518, 766 BGB und § 15 Abs. 4 GmbHG muß danach unterschieden werden, ob die fragliche Leistung schon erbracht ist oder nicht. Ist die Leistung noch nicht erbracht, so ist zunächst festzustellen, daß sie nach Auflösung der Gesellschaft schon deshalb nicht mehr in Natur eingebracht zu werden braucht, weil jeder Gesellschafter nach Rechtskraft des Urteils ein Beitragsverweigerungsrecht hat ²⁾ und dieses nur soweit beschränkt ist, wie es zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens erforderlich ist. Insoweit kommt aber nur die Deckung von notwendigen Aufwendungen in Betracht, nicht aber etwa die Einbringung eines bestimmten Gegenstandes.

Es geht demnach für die Frage, ob die Leistung noch zu er-

1) Den Hauptzweck dieser Formvorschrift darf man wohl mit Heldrich (a.a.O. S. 92) im Schutz vor Übereilung und der Gewährung fachmännischer Beratung sehen.

2) Vgl. oben S. 113 - 117, insbesondere S. 116 f.

bringen ist, nur um den Zeitraum zwischen Geltendmachung des Vertragsfehlers und Rechtskraft des Auflösungsurteils. Für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft besteht die Frage gar nicht.

Darüberhinaus ist die Frage nach dem Bestehen einer Verpflichtung hinsichtlich der speziell formgeschützten Leistung jedoch in anderer Hinsicht von großer Bedeutung, und zwar für die Abwicklung und Auseinandersetzung, da es von ihrer Beantwortung abhängt, ob die Nichtleistung in der Vergangenheit eine möglicherweise zum Schadensersatz verpflichtende Pflichtverletzung war oder ob die Leistungspflicht nicht bestand und entweder eine Ersatzleistungspflicht oder ein ersatzloser Wegfall der Pflicht anzunehmen war.

Die Berücksichtigung des rechtspolitischen Zwecks der Nichtigkeitsnorm erfordert es in diesen Fällen, im Wege der Berichtigung das Bestehen der speziell formnichtigen Verpflichtung zu verneinen. Wir folgen damit der herrschenden Lehre, die -soweit sie zu dieser Frage Stellung genommen hat- die Auffassung vertritt, daß das Gebot einer sachgerechten Abwicklung nicht auch insoweit die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen erfordere, sondern daß die speziell formnichtige Verpflichtung vielmehr nicht bestehe ¹⁾.

Kannten die Mitgesellschafter den Formfehler, so ist dieses Ergebnis die Folge einer Berücksichtigung des rechtspolitischen Zwecks des Formgebots im Wege der Berichtigung. Kannten die Mitgesellschafter den Vertragsfehler jedoch nicht, vertrauten sie auf die Gültigkeit des Vertrages und glaubten sie demnach auch an die Entstehung der formnichtigen Verpflichtung, so besteht hier immerhin ein unter dem Gesichtspunkt des Gutgläubensschutzes rechtlich relevantes Interesse an der Entstehung der Verpflichtung, das jedoch hinter dem Interesse des durch das Formgebot Geschützten an der Nichtigkeit zurücktreten muß. Die gutgläubigen Mitgesellschafter müssen sich insbesondere entgegenhalten lassen, daß sie die gesetzliche Formvorschrift hätten kennen

1) Hueck OHG S. 56; Erman S. 65; Weipert Anm. 73 zu § 1o5 HGB; Fischer in NJW 1955, 85o Sp.2.

und für ihre Einhaltung hätten sorgen müssen. Dieser Gedanke trifft auch für die Fälle des vereinbarten und nicht eingehaltenen Formgebots zu, so daß wir insoweit die Ansicht Ermans, der in den Fällen der gewillkürten Form grundsätzlich für die Vergangenheit alle Verpflichtungen des fehlerhaften Vertrages anerkennt ¹⁾, nicht teilen. Nach unserer Auffassung darf nicht nach dem Gesichtspunkt des gesetzlichen bzw. vertraglichen Formgebots differenziert werden, sondern es muß allein zwischen Formgeboten zugunsten der Allgemeinheit, außenstehender Dritter oder aller Beteiligten und Formgeboten zugunsten eines oder einzelner Beteiligten unterschieden werden.

d) Ablehnung einer subsidiären Geldeinzahlungspflicht.

Die weitere Frage, die außer von Boesebeck ²⁾ in der Literatur und in der Rechtsprechung nicht näher erörtert wird, ist die, wie sich diese in der Verneinung der formnichtigen Verpflichtung liegende Berichtigung auf die Abwicklung auswirkt. Boesebeck will entsprechend § 20 Abs. 2 Satz 2 zweiter Halbsatz AktG in den Fällen, in denen der nichtige Teil eine Verpflichtung zur Einbringung einer Sacheinlage betrifft, diese durch eine subsidiäre Geldeinzahlungspflicht ersetzen. Dabei geht Boesebeck mit dem Reichsgericht davon aus, daß die faktische Gesellschaft wie die Aktiengesellschaft auch für die Zukunft weiter besteht, solange sie nicht aus wichtigem Grunde aufgelöst wird. Unter dieser Voraussetzung, die wir jedoch nicht annehmen, mag die Annahme einer subsidiären Geldeinzahlungspflicht auch für die Personengesellschaften sinnvoll sein, da der Betroffene danach in die werbende Gesellschaft zum Betriebe für die Zukunft eben anstatt der Sacheinlage eine Geldeinlage einzubringen hat. Sie erscheint aber sinnwidrig, wenn man wie die herrschende Lehre heute davon ausgeht, daß die fehlerhafte Gesellschaft auch ohne Vorliegen eines besonderen Auflösungsgrundes grundsätzlich aufgelöst wird und darüberhinaus nach Rechtskraft des Urteils Beiträge verweigert werden dürfen.

Es wäre sinnwidrig, den durch die Formvorschrift Geschützten

1) Erman S. 65.

2) Boesebeck in DR 1943, 1224 Sp. 2.

so anzusehen, als habe er in der Vergangenheit eine Geldleistung geschuldet, von deren Bestehen er selbst keine Kenntnis hatte, und ihn danach schadenersatzpflichtig zu machen, ob er diese Schuld erfüllt hat oder nicht. Verneint man das Bestehen der Sacheinlageverpflichtung, so kann man, da es sich im wesentlichen um eine Frage der Vergangenheit handelt, auch keine subsidiäre Verpflichtung annehmen, die der Betroffene nicht kannte.

e) Die Abänderung der vom Formfehler nicht betroffenen vertraglichen Vereinbarungen.

Läßt man die im fehlerhaften Vertrage vereinbarte Verpflichtung des Geschützten demnach ersatzlos wegfallen, so fragt es sich, ob die anderen Vereinbarungen trotzdem volle Gültigkeit behalten. Die Rechtsfrage soll an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Fall 1: A und B gründen eine OHG zum gemeinsamen Betriebe eines Gebrauchtwagengeschäfts. Beide verpflichten sich, je 10.000,-- DM in bar einzuzahlen, darüberhinaus A, eine Anzahl Fahrzeuge im Werte von 10.000,- DM, B, ein ihm als Erben zustehendes Grundstück im Werte von ebenfalls 10.000,- DM einzubringen. Der Gewinn oder Verlust soll mit Rücksicht auf die gleichwertige Beteiligung zu gleichen Teilen geteilt werden. Da beide Gesellschafter keine besondere Form für erforderlich halten, wird der Vertrag privatschriftlich geschlossen. Während alle anderen Einlagen pünktlich eingebracht werden, kommt es wegen Schwierigkeiten bei der Erbauseinandersetzung nicht zur Einbringung des Grundstücks. Nach zweijähriger Geschäftstätigkeit entdeckt B den Formmangel des Vertrages und bringt die fehlerhafte Gesellschaft zur Auflösung.

Nach den bisher herausgefundenen Lösungsgrundsätzen hat die Verpflichtung zur Einbringung des Grundstücks niemals bestanden, es kommen deshalb auch keine Schadensersatzansprüche des A gegen B wegen Nichterfüllung in Betracht. Es fragt sich, ob B auf der anderen Seite als zu gleichen Teilen am Gewinn beteiligt angesehen werden kann, obwohl die eingebrachte Einlage des A 20.000,- DM und seine nur 10.000,- DM wert war.

Legen wir für den Inhalt des Rechtsverhältnisses im Sinne

der oben ¹⁾ für die Berichtigung aufgestellten Grundsätze einen objektiven Maßstab zugrunde und fragen, was die Parteien für den Fall der Kenntnis des Nichtentstehens der Verpflichtung redlicherweise hätten vereinbaren müssen, so hängt das Ergebnis davon ab, für wie erheblich die Gesellschafter bei Kenntnis der tatsächlich eingetretenen Verhältnisse die Nichteinbringung des Grundstücks gehalten hätten. Daß die Tatsache der Nichteinbringung des Grundstücks nicht ohne jeden Einfluß auf die Gestaltung der Abwicklung bleiben kann, wird deutlich, wenn man annimmt, daß die Gesellschafter zum Betriebe ihres Unternehmens gegen hohes Entgelt ein Grundstück haben mieten müssen und ihre Gewinne dadurch erheblich geschmälert worden sind. Man wird aber auch B diese Nachteile nicht in der Weise tragen lassen dürfen, daß man ihn als verpflichtet ansieht, den A so zu stellen, wie er stehen würde, wenn B das Grundstück sofort eingebracht hätte, da B dann so behandelt würde, als wäre er zur Einbringung des Grundstücks verpflichtet gewesen, was jedoch wegen des Formfehlers nicht der Fall war.

Stellt man in Rechnung, daß der Beitrag des B insoweit von Anfang an weggefallen ist, so wird man eine Umgestaltung der übrigen Abreden des Vertrages vornehmen müssen, wie Hueck ²⁾ sie für den Fall der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung einer Einlage vorschlägt. Insbesondere ist darauf abzustellen, daß der Gewinn grundsätzlich der Gegenwert ist, den der Gesellschafter unter anderem für die Leistung seiner Einlage erhält. Fällt diese Einlage nun weg, so muß der Betroffene nachträglich eine Minderung seines Gewinnanteils hinnehmen. Es wäre unbillig, ihm den Gewinn auch insoweit zu belassen, wie er in Erwartung der Leistung seiner tatsächlich aber unterbliebenen Einlage festgesetzt und tatsächlich ausgezahlt worden ist ³⁾.

1) Vgl. oben S. 81ff, insbes. S.85, u. S. 109 f.

2) Hueck OHG S. 39. Die Lösung der Fälle der Unmöglichkeit ist allerdings umstritten, vgl. Staud.-Keßler Anm.18 zu § 705 BGB. Für unsere Fälle kann aber nur die Lösung Huecks entspr. herangezogen werden, da das Gesellschaftsverhältnis trotz Nichtleistung der Einlage tatsächlich vollzogen worden ist und eine grundsätzliche Verweisung auf die Auf Lösungsmöglichkeit (so z.B. Geiler bei Düringer-Hachenburg II Bd. 1. Hälfte Anm. 48) daher entfällt.

3) So Hueck a.a.O. für die Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit.

Auf der anderen Seite dürfte sein Gewinnanteil nicht ganz wegfallen, auch nicht zur Hälfte, da die Gewinnbeteiligung regelmäßig nicht nur der Gegenwert für die Einlage, sondern auch für die Arbeitsleistung und die Haftungsübernahme ist. Im Einzelfall wird man feststellen müssen, in welcher Weise die Parteien die Gewinn- und auch die Verlustbeteiligung, ebenso auch die Beteiligung am Liquidationserlös redlicherweise hätten gestalten müssen, wenn sie die Nichtentstehung der Einlageverpflichtung von vornherein gekannt hätten. Man wird im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung die in der Vergangenheit nach falschem Schlüssel erfolgten Gewinnauszahlungen korrigieren und den Liquidationserlös entsprechend dem berichtigten Schlüssel verteilen müssen. Dabei wird man, da es sich um eine nachträgliche objektive Berichtigung des Rechtsverhältnisses handelt, von den tatsächlich eingetretenen Ereignissen, die auf den Geschäftsverlauf Einfluß gehabt haben, ausgehen müssen.

Der betroffene Gesellschafter wird demnach oft eine gewisse Schmälerung seiner Gewinnbeteiligung hinnehmen müssen, der auf der anderen Seite aber regelmäßig im Innenverhältnis auch eine Schmälerung der Verlustbeteiligung entspricht, die sich bei negativer Entwicklung der Geschäftsverhältnisse auswirken würde. Daneben wird es aber viele Fälle geben, in denen sich zum Beispiel die Nichteinbringung eines Grundstücks auf die Gewinnverteilung in der Vergangenheit nicht auswirkt, wenn der Betroffene das Grundstück etwa tatsächlich zur Benutzung durch die Gesellschaft entsprechend dem Gesellschaftszweck zur Verfügung gestellt hat oder wenn die Nichteinbringung des Grundstücks in das Gesamthandvermögen für die Gesellschaft aus anderen Gründen ohne Einfluß auf den Geschäftsverlauf war.

Die Fülle der praktischen Möglichkeiten soll durch ein weiteres Beispiel verdeutlicht werden.

Fall 2: A nimmt seinen bisherigen Geschäftsführer B als Teilhaber in sein Handelsgeschäft auf. Sie schließen privatschriftlich einen OHG-Vertrag ab, in dem sich B unter anderem verpflichtet, nach Ablauf von drei Jahren ein ihm gehöriges

Grundstück einzubringen. Mit Rücksicht auf diese Verpflichtung wird für ihn ab sofort ein verhältnismäßig hoher Gewinnanteil festgesetzt. Sowohl A als auch B glauben, der Vertrag bedürfe keiner besonderen Form, um wirksam zu sein. Nach zwei Jahren Geschäftstätigkeit, während der B regelmäßig seine Gewinnanteile erhalten hat, erfährt er, daß der Vertrag formnichtig ist. B möchte aus der Gesellschaft ausscheiden.

Für diesen Fall erscheint folgende Auseinandersetzungsregelung angemessen: A erhält das Geschäft, auch wenn es sich nach Art und Umfang verändert hat, zurück. B braucht weder das Grundstück noch Geld einzubringen, da seine Verpflichtung trotz Vollzuges der Gesellschaft im übrigen formnichtig ist. Trotzdem erübrigt sich eine besondere Berichtigung des Rechtsverhältnisses. B kann die empfangenen Gewinnauszahlungen behalten, da durch diese sein verlorener Anteil am Geschäft, das A ganz zurückerhält, kompensiert wird. Ist das Geschäft allerdings seinem Umfang nach durch die Mitarbeit des B unverhältnismäßig gewachsen, so müßte B eine weitere Ausgleichszahlung erhalten. Auf der anderen Seite müßte A wegen der hohen Gewinnzahlungen an B einen Ausgleich erhalten, wenn die vertraglich vereinbarte Auseinandersetzungsregelung sowieso vorsah, daß A im Falle der Auflösung das Geschäft behalten sollte.

Allgemein wird man sagen können, daß in den Fällen, in denen im Interesse eines oder mehrerer Beteiligten im Hinblick auf eine bestimmte Leistung ein Formgebot besteht, dem der Gesellschaftsvertrag nicht entspricht, und in denen diese Leistung noch nicht vollzogen ist, eine Verpflichtung zur Erfüllung dieser Leistung auch mit dem Vollzuge der Gesellschaft im übrigen nicht begründet wird und daß das Gesellschaftsverhältnis bei der Abwicklung nach der Ordnung zu berichtigen ist, die die Beteiligten redlicherweise bei Kenntnis des Nichtentstehens der Verpflichtung und des Eintritts der tatsächlich eingetretenen Ereignisse hätten vereinbaren müssen. Eine solche Berichtigung wird sich häufig insbesondere auf die Gewinnverteilung auswirken. Der neue Gewinnverteilungsschlüssel ist

unter Berücksichtigung der Wertvorstellungen der Parteien nach dem tatsächlichen Wertverhältnis der für die Beteiligung maßgeblichen Leistungen der Gesellschafter festzusetzen, wie es sich darstellt, wenn man die wegen Formfehlers nicht entstandene Leistungsverpflichtung wegfallen läßt.

f) Formgebote im Interesse einzelner Beteiligter nach Erbringung der fraglichen Leistung.

Die letzte zu untersuchende Gruppe bilden die Fälle, in denen das Formgebot im Interesse eines oder mehrerer Gesellschafter besteht und die fragliche geschützte Leistung im Laufe des Vollzuges der Gesellschaft tatsächlich erfüllt worden ist. Die Fälle der §§ 313, 518, 766, 2301 BGB und des § 15 Abs. 4 GmbHG bieten insoweit keine Schwierigkeiten, da der Gesellschaftsvertrag hier durch Erfüllung nachträglich geheilt wird und das ganze Gesellschaftsverhältnis für die Zukunft wirksam wird. Immerhin tritt die Heilungswirkung nur ex nunc ein, und das Gesellschaftsverhältnis ist vom Beginn des Vollzuges bis zur Erfüllung der fraglichen Leistung als fehlerhaftes anzusehen. Für diese Zeit untersteht das Gesellschaftsverhältnis den soeben aufgestellten Regeln, und für diese Zeit ist eine dem Nichtbestehen der Einlageverpflichtung entsprechende angemessene Regelung zugrunde zu legen.

Es bleiben jedoch die gesetzlichen Fälle, in denen bei Erfüllung keine Heilung eintritt, z. B. die Fälle der §§ 311 und 312 BGB ¹⁾, und die Fälle der gewillkürten Form zugunsten eines oder mehrerer Gesellschafter. Zwar gibt es auch hier noch Fälle, in denen die Berufung auf den Formfehler ausnahmsweise nach § 242 BGB überhaupt unzulässig ist, insbesondere wenn der Betroffene in Kenntnis des Formfehlers geleistet hat und die spätere Geltendmachung des Vertragsfehlers einen unerträglichen Widerspruch zu dem früheren Verhalten darstellen würde ²⁾. Der Einwand unzulässiger

1) Hier tritt nach h. L. keine Heilung des obligatorischen Vertrages ein. Vgl. Staud.-Werner (9. Aufl.) Anm. 2 c zu § 311 BGB; Soergel-Siebert-Schmidt Anm. 3 zu § 311 BGB; RGZ 76, 1 (3) u. 137, 324 (350).

2) Soergel-Siebert Anm. 223 zu § 242 BGB; vgl. im übrigen Staud.-Weber Anm. D 417 ff., insbes. D 431 bis D 441 zu § 242 BGB.

Rechtsausübung kommt jedoch auch in diesen Fällen nur ausnahmsweise zum Zuge ¹⁾, keinesfalls gilt für das geltende Recht der Satz, daß formnichtige Verträge durch die Erfüllung grundsätzlich gültig würden ²⁾.

Man wird aber allgemein sagen dürfen, daß sich die Schutzwürdigkeit derer, die auf die Gültigkeit einer bestimmten Verpflichtung vertraut haben, mit ihrer tatsächlichen Erfüllung weiter verstärkt. In diesem Sinne führt Heldrich speziell für die Fälle des Formfehlers aus, daß der Vertrauende grundsätzlich nach Erfüllung der formnichtigen Verpflichtung mit dem Bestand der Leistung rechnen dürfe ³⁾, und kommt in seinem Vorschlag de lege ferenda zu dem Ergebnis, daß Erfüllung gegenüber dem Gutgläubigen grundsätzlich den Formfehler heilt ⁴⁾. Dieses Ergebnis kann zwar nach dem geltenden Recht für die Verkehrsgeschäfte nicht gelten, es erscheint aber zulässig, es auf den besonderen Vertrauensstatbestand, den die fehlerhafte Gesellschaft darstellt, für den Zeitraum der Vergangenheit zu übertragen.

Beim Formfehler wird demgemäß die Grenze zwischen Individualschutz durch eine volle Berichtigung des Rechtsverhältnisses und Vertrauensschutz durch Gültigkeit des objektiv Erklärten und Geschehenen, wie es bereits oben im grundlegenden Teil entwickelt worden ist ⁵⁾ mit dem Vollzug der formnichtigen Verpflichtung zugunsten der gutgläubigen Mitgesellschafter verschoben. Da es sich dabei um eine Auswirkung des Gutglaubensschutzes handelt, muß für das Ausmaß der Berichtigung unter den Gesellschaftern danach unterschieden werden,

1) So auch der BGH, insoweit die Rechtsprechung des RG einschränkend, vgl. BGHZ 23, 249 (254) und 29, 6 (10). Weitere Nachweise bei Staud.-Weber Anm. D 431. Im übrigen spricht der BGH neuerdings -wohl zutreffender- nicht mehr von einem "Einwand unzulässiger Rechtsausübung", sondern von einer Einschränkung des § 125 BGB durch den Grundsatz des § 242 BGB, vgl. BGHZ 12, 286 (304). Vgl. zum rechtsdogmatischen Problem Larenz SchR I S. 113 ff. (§ 10).

2) h.L.; ausdrücklich Staud.-Werner a.a.O.

3) Heldrich in AcP 147, 100 f.

4) Heldrich a.a.O. S. 127 f. (§ 4 des Vorschlags).

5) Vgl. oben S. 86-89.

wer von den Gesellschaftern den Formfehler kannte und wer nicht. Für die Fälle mehrgliedriger Gesellschaften ergibt sich demnach ein relativer Abwicklungsmaßstab zwischen dem Geschützten und den Mitgesellschaftern, je nach ihrer Kenntnis des Fehlers. Unter Umständen wird eine Benachteiligung des Geschützten trotz Kenntnis des Formfehlers durch die Mitgesellschafter auch dann in Betracht kommen, wenn er selbst bei Erbringung der Leistung den Formfehler kannte, die Grundsätze von Treu und Glauben aber andererseits die Geltendmachung des Fehlers nicht ausschließen.

Die Auswirkung der Annahme eines relativen Abwicklungsmaßstabes je nach der Schutzwürdigkeit der Mitgesellschafter soll an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Fall 3: A, B und C betreiben schon seit Jahren ein Handelsunternehmen in Form einer OHG. Im Interesse des A, der nicht mehr aktiv tätig sein will, wird zum Schutze vor "stillschweigenden Vertragsänderungen" vereinbart, daß Änderungen des Gewinnverteilungsschlüssels nur in notariell beurkundeter Form Gültigkeit haben sollen. Nach zwei weiteren Jahren vereinbaren die Gesellschafter mündlich eine Kürzung der Gewinnbeteiligung des A und verfahren entsprechend ein weiteres Jahr lang. Jetzt bemerkt A, der bisher an die Gültigkeit der Gewinnverteilungsänderung glaubte, den Formfehler und macht die Nichtigkeit der Änderung geltend. B war, ebenso wie A, bezüglich der Gültigkeit der Änderung gutgläubig, C jedoch bösgläubig.

Da C den Formfehler kannte, muß das Rechtsverhältnis ab Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels zwischen A und ihm in der Weise berichtigt werden, daß A ihm gegenüber so gestellt wird, als sei die Kürzung nicht erfolgt. Gegenüber dem gutgläubigen B hat die Kürzung jedoch Bestand, soweit die abgeänderte Regelung in der Vergangenheit tatsächlich vollzogen worden ist. Hatte A also etwa früher wie B und C je ein Drittel des Gewinns zu fordern und hat A nach der Kürzung seines Anteils nur noch ein Fünftel erhalten, während B und C je zwei Fünftel erhalten haben, so muß C -sind inzwischen z.B. 3.000,- DM an A und je 6.000,- DM an B und C gezahlt worden- zum Ausgleich an A noch 1.000,- DM zahlen, so daß ihm

zugunsten des A das abgezogen wird, was er bei Zugrundelegung des richtigen Schlüssels weniger erhalten hätte, während der gutgläubige B seinen vollen Anteil behalten kann. Vermögensmäßig liegt der Anteil des A also -was nach der Struktur des Falles auch als gerecht und billig angesehen werden muß- zwischen der durch formnichtigen Vertrag vereinbarten und der bei voller Berichtigung entsprechend der Nichtigkeit der Vertragsänderung sich ergebenden Gewinnbeteiligung. Im übrigen ist die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels für die Zukunft als nichtig anzusehen.

g) Zusammenfassung:

Nach den gefundenen Ergebnissen lassen sich speziell für die Berichtigung in den Fällen des Formverstößes folgende Richtlinien aufstellen:

1. Für die Auseinandersetzung ist zwischen Nichtigkeit wegen Formgeboten, die im Interesse der Allgemeinheit, außenstehender Dritter oder aller Gesellschafter bestehen, und solchen, die im Interesse eines oder einiger bestimmter Gesellschafter bestehen, zu unterscheiden. Auf den Unterschied zwischen gesetzlicher und gewillkürter Form kommt es nicht an, soweit die Nichteinhaltung der gewillkürten Form an sich auch Nichtigkeit zur Folge hat.
2. Besteht das Formerfordernis im Interesse der Allgemeinheit, außenstehender Dritter oder aller Gesellschafter, so ergibt sich die angemessene Regelung für die Vergangenheit und die Auseinandersetzung grundsätzlich ohne besondere Korrekturen aus dem formnichtigen Verträge.
3. Besteht das Formerfordernis im Interesse eines oder einiger bestimmter Gesellschafter -sei es bezüglich mehrerer oder sei es, was meist der Fall ist, bezüglich einer bestimmten Verpflichtung-, so kommt es darauf an, ob diese formnichtige Verpflichtung tatsächlich vollzogen ("erfüllt") wurde.
4. Wurde die Verpflichtung vollzogen, so ist in den Fällen der §§ 313, 518, 766, 230 I BGB eine fehlerfreie Gesellschaft entstanden.

In den anderen Fällen hat der Vollzug die Wirkung, daß gegenüber Gutgläubigen auch die formnichtige Verpflichtung entstanden ist. Gegenüber Bösgläubigen ist die Verpflichtung nicht entstanden.

5. Wurde die Gesellschaft im ganzen vollzogen, jedoch die formnichtige Verpflichtung nicht, so entsteht für den Betroffenen keine Leistungspflicht. Die Vereinbarungen des Vertrages müssen in diesem Fall danach berichtigt werden, was die Parteien redlicherweise hätten vereinbaren müssen, wenn sie die Nichtentstehung der Verpflichtung und den Eintritt der tatsächlichen Ereignisse gekannt hätten.

2. Unmöglichkeit im Sinne von § 306 BGB.

In den Rahmen dieser Erörterung gehören nur die Fälle, in denen die Unmöglichkeit nach § 306 BGB tatsächlich die Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses zur Folge hat. Auszuscheiden sind also alle Fälle von Unmöglichkeit, die die Wirksamkeit des Vertrages unberührt lassen und die nur zur Beendigung der Gesellschaft führen, nur einen Grund zur Auflösungsklage abgeben, das Freiwerden von einer Verpflichtung zur Folge haben oder Schadensersatzansprüche auslösen, wie zum Beispiel Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks, Unmöglichwerden der Einlageleistung eines Gesellschafters oder Unmöglichwerden der Erfüllung von Geschäftsführungspflichten. Demgegenüber gehören hierher die Fälle objektiver anfänglicher Unmöglichkeit des Gesellschaftszwecks und die Fälle unmöglicher Rechtsgestaltung.

a) Tatsächliche Unmöglichkeit.

Fälle von Gesellschaften mit unmöglichem Zweck würden etwa vorliegen, wenn sich Personen zusammenschließen, um mit bestimmten Gegenständen Handel zu treiben, die tatsächlich bereits untergegangen sind, oder um Güter herzustellen und zu vertreiben, die sich gar nicht herstellen lassen -etwa künstliches Uran- oder um Bodenschätze abzubauen und zu vertreiben, die in dem für die Beteiligten verfügbaren Abbauggebiet nicht vorkommen oder die etwa von öffentlicher Seite auf Dauer beschlagnahmt sind.

Stellen diese Zwecke jeweils den einzigen Zweck der Tätigkeit der Gesellschaft dar, so erscheint der Zusammenschluß der Beteiligten von vornherein als zweck- und sinnlos. Das Gesetz erklärt in § 306 BGB Rechtsgeschäfte, die auf solche unmögliche Leistungen gerichtet sind, generell für gegen-

standslos und nichtig, offenbar aus der Erwägung, daß niemand für etwas eintreten soll, was objektiv undurchführbar ist ¹⁾. Nach § 307 BGB haftet allein derjenige, der die Unmöglichkeit kannte oder fahrlässig nicht kannte, und zwar auf Ersatz des Vertrauensschadens gegenüber demjenigen, der die Unmöglichkeit nicht kannte und auch nicht kennen mußte. Im übrigen wird auch das Vertrauen des Gutgläubigen wegen der objektiven Sinnlosigkeit des Rechtsgeschäfts nicht geschützt.

Indessen erfordern die besonderen Verhältnisse in der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaft auch hier eine Beschränkung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen. Ist eine auf einen unmöglichen Zweck gerichtete Gesellschaft eine Zeitlang tatsächlich vollzogen worden, so haben auch hier die Beteiligten untereinander tatsächlich eine Organisation gebildet, sind in einer Gemeinschaft und für diese Gemeinschaft tätig gewesen und sind deshalb mit Rücksicht auf diese personenrechtlichen engen Beziehungen einander in höherem Maße verantwortlich als die an normalen Verkehrsgeschäften Beteiligten. Auch hier ist grundsätzlich für die Dauer des Vollzuges ein -wenn auch berichtigungsbedürftiges- gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anzuerkennen. Allerdings wird die Tatsache, daß die Beteiligten -jedenfalls ein Teil von ihnen- sämtliche Vereinbarungen im Verträge unter der falschen Vorstellung getroffen haben, die Gesellschaft werde ihren Zweck erreichen können, regelmäßig eine umfangreiche Berichtigung der vertraglichen Ordnung erfordern. Da die Tätigkeit der auf unmöglichen Zweck gerichteten Gesellschaft im ganzen von vornherein sinnlos ist, wird die Betätigung der Gesellschafter nur in den seltensten Fällen zur Erwirtschaftung von Gewinnen führen. Regelmäßig werden durch den Vollzug Verluste eintreten, so daß nicht mehr der Gesichtspunkt der tatsächlichen Gemeinschaft als werteschaaffende, sondern als Risikogemeinschaft in den Vordergrund tritt. "Pflichtverletzungen" etwa der geschäftsführenden Gesellschafter, zum Beispiel Unterlassung von vorgesehenen Maßnahmen werden meist nachträglich als unbeachtlich

1) Larenz SchR I S. 75 (§ 7 I); Esser SchR S. 24 (§ 8 Z.4).

erscheinen, da sie objektiv wegen der Unerreichbarkeit des gesetzten Zwecks der Gesellschaft überhaupt den Beteiligten im Vergleich zu dem Fall, daß der Betroffene die Maßnahme ausgeführt hätte, keinen Schaden gebracht haben. Das entscheidende Problem bei der Festsetzung einer für die Vergangenheit und die Abwicklung geltenden, das Rechtsverhältnis berichtigenden angemessenen Regelung wird deshalb vor allem die Frage sein, welchen Anteil am Risiko der einzelne Beteiligte redlicherweise hätte übernehmen müssen, wenn er den Fehler und den Eintritt der tatsächlichen Verhältnisse gekannt hätte. Dabei wird deutlich, daß es sich für die hier behandelten Fälle der Unmöglichkeit der Zweckerreichung um eine fiktive Vereinbarung handelt, da die Beteiligten eine auf einen unerreichbaren Zweck gerichtete Gesellschaft bei Kenntnis der Unerreichbarkeit grundsätzlich gar nicht gegründet hätten. Zur Veranschaulichung dieser Fragen soll ein Beispiel dienen.

Fall 4: E glaubt, ein Verfahren entdeckt zu haben, nach dem man ohne großen Kostenaufwand Diamanten herstellen kann. Er bietet seinem Sohn A und einem Dritten B an, ihnen laufend vorfabrizierte Steine zu verkaufen, die diese nur noch zu schleifen hätten und dann selbst weiterverkaufen könnten. Darauf gründen A und B eine OHG zum Zwecke des Ankaufs der Vorfabrikate, ihrer Bearbeitung und ihres Vertriebes. A bringt als Einlage eine Schleifmaschine ein, für die man einen Wert von 5.000,- DM ansetzt, und B 10.000,- DM in bar. Da man die Tätigkeit des A in der Gesellschaft für wichtiger als die des B ansieht, wird im Vertrage trotz der ungleichen Einlagen in allen Fragen eine Beteiligung zu gleichen Teilen vereinbart. Für den Fall der Auseinandersetzung sieht der Vertrag ebenfalls Teilung des Liquidationserlöses zu gleichen Teilen vor. Die Gesellschaft macht umfangreiche Ausgaben, mietet u.a. ein Betriebsgebäude und nimmt Kontakt zu Dritten auf. Schließlich stellt sich heraus, daß das Verfahren zur Herstellung von Diamanten ungeeignet ist. Zu diesem Zeitpunkt ist das von B eingebrachte Geld ausgegeben, während die von A eingebrachte Maschine, die tatsächlich einen Wert von 5.000,- DM hat, noch vorhanden ist.

Würde man dieses Rechtsverhältnis nach Bereicherungsrecht behandeln, so bliebe A von dem eingetretenen Verlust völlig verschont, da er seinen eingebrachten Vermögenswert, die Maschine, zurückerhalten würde. Aus dem Gesichtspunkt der erhöhten Verantwortung aus der Beteiligung an dem fehlerhaften Gesellschaftsverhältnis muß das Verhältnis jedoch bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers als personen- und vermögensrechtliche Gemeinschaft angesehen werden, so daß das nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses noch vorhandene Vermögen als gemeinschaftliches Gesamthandsvermögen anzusehen ist. Die Auseinandersetzung kann aber auch nicht nach der Bestimmung des fehlerhaften Vertrages erfolgen, da diese unter der falschen Vorstellung zustandegekommen ist, die Tätigkeit des A werde für die Gesellschaft den geringeren Wert seiner Einlage ausgleichen. Die angemessene Regelung dürfte entsprechend einer "Gewohnheit in diesen Dingen" oder entsprechend dem "Üblichen" ¹⁾ darin bestehen, daß A und B, die nach ihrer Vorstellung gleiche Anteile an der Gesellschaft haben sollten, auch als verpflichtet angesehen werden, gleichwertige Einlagen zu leisten, daß der Liquidationserlös also nicht zu gleichen Teilen geteilt wird, sondern daß die zu niedrige Einlage des A nachträglich durch entsprechende Verteilung des Liquidationserlöses "berichtigt" wird.

Würde dieser also beispielsweise 5.000,- DM betragen, so hätte ihn B voll zu beanspruchen, da die Beteiligten dann -wie es die angemessene Regelung erfordert- aus der Beteiligung an der Gesellschaft gleichhohe Verluste, nämlich jeder 5.000,- DM, erleiden würden.

Ein Gutglaubensschutz in dem Sinne, daß gegenüber demjenigen, der an die Möglichkeit der Zweckerreichung glaubte und die Unmöglichkeit nicht kennen konnte, die tatsächlich vollzogene auf dem fehlerhaften Vertrage beruhende Ordnung gilt, kommt

1) Das "Übliche" will Nikisch hilfsweise als Maßstab bei der Abwicklung fehlerhafter vollzogener Arbeitsverhältnisse heranziehen (vgl. ArbR I S. 221 (§ 23 III 2 a)) Vgl. dazu oben S. 90.

in der auf unmöglichen Zweck gerichteten Gesellschaft grundsätzlich nicht in Betracht, da das Nichtigkeitsgebot des § 306 BGB nicht einen bestimmten Beteiligten schützt, dessen Interessen mit Vollzug möglicherweise zurücktreten müßten, sondern auf dem alle Beteiligten gleichmäßig schützenden Gedanken beruht, daß von vornherein unsinnige Gestaltungen von Rechtsbeziehungen keinen Bestand haben sollen. Ein besonderer Ausgleich zugunsten des Gutgläubigen muß deshalb auf Schadensersatzansprüche nach § 307 BGB wegen schuldhafter rechtswidriger Schädigung beschränkt bleiben.

b) Rechtliche Unmöglichkeit.

Die zweite hier zu behandelnde Gruppe bilden die Fälle des § 306 BGB, in denen zwar der Gesellschaftszweck tatsächlich erreicht werden könnte, wo die Gesellschafter aber im Vertrags Vereinbarungen getroffen haben, die eine unmögliche rechtliche Gestaltung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten bedeuten. Wird etwa eine Kommanditgesellschaft gegründet, ohne daß ein Beteiligter die Stellung eines Komplementärs erhält, mit der weiteren Absprache, daß der jeweils Handelnde Geschäftsführungsbefugnis habe, so wäre diese Gesellschaft nach § 306 BGB wegen unmöglicher Rechtsgestaltung nichtig. Für diesen Fall kommt Hölzcke ¹⁾ zu dem Ergebnis, daß dieser Gesellschaft auch für den Zeitraum ihres tatsächlichen Vollzuges die Anerkennung als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis versagt und das Rechtsverhältnis nach Bereicherungsrecht abgewickelt werden müsse. Eine Anerkennung widerspreche wegen der Unklarheit darüber, ob das Rechtsgebilde möglicherweise als OHG oder als GmbH-Gründergesellschaft anzusehen sei, ob im Außenverhältnis etwa je nach dem Auftreten der Gesellschafter OHG-Recht oder KG-Recht anzuwenden sei, überwiegenden Interessen der Beteiligten und der Allgemeinheit. Eine Anerkennung laufe auf die Sanktionierung eines neuen Gesellschaftstypus hinaus, woraus sich im Geschäftsverkehr Irrtümer und Unklarheiten ergäben. Das Ergebnis scheint uns nicht zutreffend zu sein. Versteht

1) Hölzcke S. 146 f.

man die relativ fehlerhafte Gesellschaft als berichtigungsbedürftiges Rechtsverhältnis, das aus einem fehlgeschlagenen Rechtsgeschäft entstanden ist, so geht es nicht um die Anerkennung neuer Gesellschaftstypen, sondern die Frage ist von vornherein auf die Abwicklung von Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis beschränkt. Bedenken dagegen, diese Rechtsbeziehungen unter Berücksichtigung der Vorstellungen abzuwickeln, unter denen sie zustandegekommen sind, und der Grundsätze, die für die Verantwortlichkeit für Rechtsbeziehungen aus fehlgeschlagenen Gesellschaftsverträgen gelten müssen, ergeben sich aber erst dann, wenn die Betätigung der Gesellschafter selbst von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird. Solange das jedoch wie in dem obigen Fall, in dem ein ausreichender Schutz des Handelsverkehrs nach den Regeln der Rechtsscheinhaftung gewährleistet ist, nicht zutrifft, besteht zu einer Versagung einer sachgerechten Abwicklung kein Anlaß.

Im übrigen kann man davon ausgehen, daß die wegen unmöglicher Rechtsgestaltung nach § 306 BGB nichtigen Gesellschaftsverträge in der Mehrzahl der Fälle nach § 140 BGB umgedeutet und aufrechterhalten werden können, so daß überhaupt eine fehlerfreie Gesellschaft vorliegt. Meist wird es eine zulässige Rechtsform geben, die zu dem von den Beteiligten beabsichtigten Ergebnis führt. In diesen Fällen wird man regelmäßig zu dem Ergebnis kommen, daß die Beteiligten die zulässige Regelung, die dann insoweit in Tatbestand und Wirkungen nicht über die nichtige Regelung hinausgeht, bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt haben würden, so daß sie nach § 140 BGB gilt. Trifft das jedoch nicht zu, so ist das Rechtsverhältnis wenigstens bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anzusehen, dessen Inhalt sich zwar nach einer berichtigten Ordnung bestimmt, die aber soweit wie möglich an die Absichten der Parteien anschließt. In diesem Sinne wird man für den obigen Fall für den Zeitraum der Vergangenheit davon ausgehen müssen, daß jeder Beteiligte im Innenverhältnis zur Geschäftsführung befugt war und in gleicher Höhe haftet. Eine Berichtigung der vertraglich vereinbarten Ordnung wird jedoch dann

erforderlich sein, wenn die verletzte zwingende Rechtsnorm, die die vertragliche Rechtsgestaltung "unmöglich" erscheinen läßt, eine Schutznorm zugunsten eines oder mehrerer Beteiligter ist oder auch zugunsten der Allgemeinheit, wenn deren Interessen allein durch eine Rechtsscheinshaftung nicht befriedigt werden können.

c) Zusammenfassung:

1. Für den Zeitraum ihres Vollzuges sind die wegen unmöglichen Zwecks oder wegen unmöglicher Rechtsgestaltung fehlerhaften Gesellschaften als gesellschaftsrechtliche Schuld- und Organisationsverhältnisse anzuerkennen.
2. Der Inhalt der Rechtsverhältnisse richtet sich nach einer Ordnung, die gegenüber dem fehlerhaften Vertrage insoweit berichtigt wird, wie die Vereinbarungen wegen der falschen Vorstellung über die Erreichbarkeit des Zwecks dem vollzogenen Rechtsverhältnis nach einem fiktiven "redlichen Parteiwillen" nicht angemessen sind. Bei unmöglicher Rechtsgestaltung ist, soweit der Vertrag nicht nach § 140 BGB aufrechterhalten werden kann, das Rechtsverhältnis soweit wie möglich unter Berücksichtigung der wirklichen Absichten der Beteiligten abzuwickeln und nur soweit zu berichtigen, wie es die durch die verletzte zwingende Rechtsnorm geschützten Interessen Beteiligter oder der Allgemeinheit erfordern.
3. Einen besonderen Gutglaubensschutz im Innenverhältnis gibt es nicht. Der Schutz Gutgläubiger ist auf Schadensersatzansprüche nach § 307 BGB beschränkt.

3. Dissens.

Als "fehlerhafte Gesellschaften" kommen nur die Fälle des Dissenses in Betracht, in denen nach dem Regelrecht Nichtigkeit eintritt, d.h. bei Dissens über einen wesentlichen Punkt. Denn beim offenen Dissens über einen Nebenpunkt ist der Gesellschaftsvertrag nach § 154 BGB gültig, weil hier kein "Zweifel" besteht, und beim versteckten Dissens ist er nach § 155 BGB gültig, weil "der Vertrag auch ohne eine Bestimmung

über diesen Punkt geschlossen" sein würde.

Hat der Dissens über einen wesentlichen Punkt dazu geführt, daß sich die Parteien nicht darüber einig waren, daß sie ein gemeinsames Gesellschaftsunternehmen führten, so kommt die Annahme eines gesellschaftsrechtlichen Schuld- und Organisationsverhältnisses nach unseren obigen Feststellungen¹⁾ ebenfalls nicht in Betracht. Von den restlichen Fällen scheiden noch die Fälle beiderseits offenen Dissenses aus -d.h. die Fälle, in denen alle Beteiligten den Dissens kannten-, da hier wegen des bewußten Vollzuges stets eine vollgültige Gesellschaft oder eine Scheingesellschaft vorliegen wird. Denn gleichgültig, ob die Parteien den Vertrag schon für geschlossen ansahen und den strittigen Punkt einer späteren Regelung vorbehalten wollten oder ob sie auf eine Regelung verzichteten und durch den Vollzug konkludent einen neuen Vertrag schlossen, immer liegt eine fehlerfreie Gesellschaft vor. Sollte der Vollzug nach dem Willen der Parteien jedoch nur nach außen gelten, während im Innenverhältnis jeder auf eigene Rechnung handeln sollte, so liegt eine Scheingesellschaft vor, auf die ebenfalls keine gesellschaftsrechtliche Sonderlösung anzuwenden ist²⁾.

Es bleiben demnach die Fälle des beiderseits versteckten und des einerseits versteckten-einerseits offenen Dissenses -d.h. wenn der Dissens bei Vertragsschluß nur einem Teil der Beteiligten unbekannt war- über einen von den Parteien als wesentlich angesehenen Punkt übrig. Einen Fall der ersten Art betraf auch die oben schon genannte³⁾ Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.10.1951, in der der Bundesgerichtshof auf das Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander Gesellschaftsrecht anwendete.

Soweit man heute überhaupt für unsere Fälle eine gesellschaftsrechtliche Lösung für zulässig hält, erstreckt man sie auch auf die Fälle des Dissenses. Dieser Auffassung ist auch von unserem Standpunkt aus zuzustimmen, da gerade auf die Fälle des Dissenses die oben zu den fehlerhaften Gesell-

1) Vgl. oben S. 98 f.

2) Vgl. dazu Hölzcke S. 151.

3) Vgl. oben S. 7 f.; BGHZ 3, 285.

schaften gemachten Ausführungen ¹⁾ ohne besondere Einschränkung zutreffen. Beim Dissens ist -soweit nicht zusätzlich die Willenserklärungen fehlerhaft sind- die Willensbildung selbst fehlerfrei, es liegt -jedenfalls in den Fällen, in denen wir überhaupt eine "fehlerhafte Gesellschaft" annehmen- ein bewußter tatsächlicher Zusammenschluß zur gemeinsamen Betätigung vor, der wie die einzelnen Vereinbarungen ohne rechtswidrige Einflußnahme eines oder mehrerer Mitgesellschafter zustandegekommen ist. Das Ziel einer sachgerechten Abwicklung des Rechtsverhältnisses erfordert es in Verbindung mit dem Gesichtspunkt der erhöhten Verantwortung für die aus der fehlgeschlagenen Selbstgestaltung entstandenen Rechtsbeziehungen, das auf Dissens beruhende Gesellschaftsverhältnis für den Zeitraum des Vollzuges als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anzuerkennen.

Die angemessene Abwicklungsregelung kann regelmäßig zu einem großen Teil aus dem Gesellschaftsvertrag entnommen werden, weil der Einigungsmangel sich meist nur auf eine bestimmte Regelung bezieht und die Vertragsbestimmungen im übrigen als richtiger Maßstab für die Abwicklung angesehen werden müssen. Hat man sich einmal zu einer Anerkennung des fehlerhaften Rechtsverhältnisses entschlossen, so erweist sich der Dissens als ein Fehler geringer Intensität, und zwar insofern, als der Vertragstatbestand meist zu einem großen Teil "richtig" ist, im übrigen nur eine Lücke hat und keine "falschen" Regelungen enthält wie etwa grundsätzlich in den Fällen der arglistigen Täuschung oder der widerrechtlichen Drohung. Das schließt allerdings nicht aus, daß auch "falsche" Regelungen vollzogen werden können, wenn nämlich die Punkte, über die keine Einigung erzielt wurde, im Sinne und zum Vorteil eines Beteiligten vollzogen werden, ohne daß die anderen Beteiligten zunächst ihre abweichende Vorstellung geltend machen. In diesen Fällen müssen auch beim Dissens die Vorgänge der Vergangenheit nach einer angemessenen Regelung korrigiert werden, die der Richter unter Berücksichtigung des hypothetischen

1) Vgl. oben S. 69 ff.

Parteiwillens, der Dispositivnormen des Gesetzes und den Regeln der Gewohnheit in diesen Dingen festzustellen hat.

Betraff der Dissens einen Punkt, der noch nicht vollzogen wurde, so kann er oft unberücksichtigt bleiben. Betrifft er allerdings die Abwicklung, zum Beispiel den Verteilungsschlüssel für den Liquidationserlös oder das Auseinander-setzungsverfahren überhaupt, so muß der Richter auch hier eine berichtigende angemessene Regelung nach den oben genannten Gesichtspunkten finden.

Fall 5: A und B gründen eine OHG mit der Absprache, daß erstmalig nach einem Jahr Gewinn verteilt werden soll, und zwar im Verhältnis von ein Drittel zu zwei Drittel. Weder aus dem schriftlichen Vertrage noch aus den Parteiverhandlungen ergibt sich, wer zwei Drittel zu erhalten hat. Jeder Gesellschafter glaubt, er werde zwei Drittel erhalten. Nach Ablauf des Jahres stellt sich der Dissens heraus.

Bei Feststellung des angemessenen Gewinnverteilungsschlüssels hat der Richter zunächst zu prüfen, ob er im fehlerlosen Parteiverhalten bei Vertragsschluß Anhaltspunkte findet. Stellt sich etwa heraus, daß die Gewinnaufschlüsselung mit Rücksicht auf den Wert der gemachten Einlagen erfolgen sollte, wobei jeder glaubte, seine Einlage sei doppelt so viel wert wie die des anderen, so richtet sich die Gewinnverteilung nach dem tatsächlichen Wert der Einlagen für die Gesellschaft. Sollte der Wert der Arbeitsleistung maßgeblich sein, so gilt Entsprechendes. Läßt sich keine gemeinsame ursächliche Vorstellung finden und liegen keine besonderen Verhältnisse vor, so wird der Gewinn nach § 121 HGB zu verteilen sein.

Allgemein hat die Feststellung der angemessenen Regelung unter möglichst großer Berücksichtigung aller schutzwerten Interessen der Beteiligten zu erfolgen, auch des Merkmals ihrer Gut- oder Bösgläubigkeit. Auch hier gilt der Gesellschafter, der den Vertragsfehler nicht kannte, als schutzwürdig und derjenige, der den Fehler kannte, als nicht schutzwürdig. Dazwischen würde ein Gesellschafter stehen,

der den Fehler zwar nicht kannte, aber kennen mußte.

Fall 6: A und B gründen eine OHG. Die vertragliche Einlageverpflichtung des A besteht darin, eine wertvolle Maschine zur Verfügung zu stellen, die des B darin, 10.000,- DM einzubringen. Aus dem Vertrag geht nicht hervor, ob A die Maschine nur zum Gebrauch zu überlassen hat oder das Eigentum in das Gesellschaftsvermögen einzubringen hat. B glaubte und durfte dieses nach den Umständen auch annehmen, A müsse das Eigentum einbringen.

1. Alternative: A kannte die Zweideutigkeit und die falsche Vorstellung des B.
2. Alternative: A kannte beides nicht, hätte es aber kennen können, da sein Gewinnanteil für eine Gebrauchsüberlassung sehr hoch war.
3. Alternative: A kannte beides nicht und konnte es auch nicht kennen.

Lösung der 1. Alternative: Es liegt eine fehlerfreie Gesellschaft vor, da § 155 BGB nicht anwendbar ist. Die Vertragserklärungen sind wegen der Kenntnis des A im Sinne des B auszulegen. A muß das Eigentum an der Maschine einbringen.

Lösung der 2. Alternative: Der Gesellschaftsvertrag wäre nach Regelrecht wegen Dissenses nicht zustandegekommen. Das Rechtsverhältnis ist wegen des Vollzuges der Gesellschaft jedoch teilweise nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen. Die Abwicklung erfolgt nach einer angemessenen Regelung. Es fragt sich, welche Ansprüche B mit Rücksicht auf seinen guten Glauben erworben hat.

Eine Verpflichtung des A, das Eigentum an der Maschine noch einzubringen, kommt im Stadium der Auflösung nicht mehr in Betracht, da jeder Gesellschafter das Recht hat, seine noch in Natur vorhandene Einlage zurückzufordern, erst recht die Leistung seiner Einlage zu verweigern. Da dieses Recht aber nur gegen Anrechnung auf den Auseinandersetzungsanteil besteht, könnte B rechnerisch die Stellung erworben haben, als sei A zur Übereignung der Maschine verpflichtet. Dieses Ergebnis erscheint in der Tat als gerecht, da B bei Berücksichtigung

des entsprechenden Rechtsscheins einen solchen Gutgläubensschutz verdient. Zwar ist die für B günstige Regelung -Einbringung des Eigentums an der Maschine- selbst nicht vollzogen worden, aber die tatsächliche Gebrauchsüberlassung als ein Tatbestand, aus dem B die Übereignung schließen durfte, erscheint hier ausreichend, da A den Dissens und damit die irrtümliche Vorstellung des B hätte erkennen müssen. Es wäre seine Sache gewesen, vor Gebrauchsüberlassung den Umfang seiner Verpflichtung noch einmal klarzustellen und den Dissens aufzudecken. B erscheint schutzwürdig und die Benachteiligung kann A wegen seiner fahrlässigen Verursachung des Rechtsscheinstatbestandes zugemutet werden.

Lösung der 3. Alternative: Auch hier ist der gutgläubige B schutzwürdig. Da A den Irrtum des B hier jedoch nicht erkennen konnte und die für B günstige Regelung -Übereignung der Maschine- selbst nicht vollzogen worden ist, kann ihm die Benachteiligung nicht zugemutet werden. Auf der anderen Seite kann auch dem gutgläubigen B nicht zugemutet werden, die für eine Gebrauchsüberlassung zu hohen Gewinnzahlungen an A hinzunehmen. Der Richter muß deshalb feststellen, welche Gewinnverteilung bei Berücksichtigung der tatsächlich geleisteten Einlagen, d.h. Gebrauchsüberlassung an der Maschine durch A und Zahlung von 10.000,- DM durch B, angemessen gewesen wäre, und muß die tatsächlich erfolgten Zahlungen im Rahmen der Auseinandersetzung durch Veränderung der Kapitalanteile und entsprechende Schlußverteilungsregelung zugunsten des B berichtigen.

Zusammenfassung:

1. In den Fällen des beiderseitig oder einseitig versteckten Dissenses über wesentliche Punkte ist die Gesellschaft für den Zeitraum ihres Vollzuges als -wenn auch berichtigungsbedürftiges- gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anzusehen, sofern im Falle des halboffenen Dissenses wegen der Kenntnis des einen vom Dissens nicht überhaupt eine fehlerfreie Gesellschaft vorliegt.

2. Die angemessene Abwicklungsregelung ergibt sich regelmäßig zu einem großen Teil aus den vom Dissens nicht beeinflussten Vertragsbestimmungen. Im übrigen stellt der Richter die angemessene Regelung unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens, der Dispositivnormen des Gesetzes und der Regeln der Gewohnheit in diesen Dingen fest.
3. Zugunsten dessen, der den Dissens nicht kennen konnte, ist die tatsächlich vollzogene Regelung besonders zu berücksichtigen, wenn dem benachteiligten Gesellschafter die Benachteiligung zuzumuten ist. Das ist regelmäßig der Fall, wenn dieser den Dissens kannte oder kennen mußte.

4. Irrtum.

Soweit heute für die Fälle fehlerhafter vollzogener Gesellschaften eine gesellschaftsrechtliche Sonderlösung unter Abwandlung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen für zulässig erachtet wird, wird sie auch für die Irrtumsfälle bejaht ¹⁾. Danach gelten auch im Falle des Irrtums die oben wiedergegebenen Ergebnisse. Der Vertragsfehler, der grundsätzlich einen Auflösungsgrund darstellt, muß bei den Handelsgesellschaften im Wege der Klage geltend gemacht werden. Die Auflösung des Rechtsverhältnisses erfolgt durch Urteil. Die Abwicklung des Gemeinschaftsverhältnisses richtet sich nach Gesellschaftsrecht. Die Regelung der Vergangenheit und der Auseinandersetzung ergibt sich im ganzen ²⁾ oder mit Ausnahme der speziell fehlerbehafteten Regelungen aus dem Vertrage.

Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen. Gerade dem

- 1) vgl. u.a. Hueck OHG S.49 ff.; Erman S. 65; Baumbach-Duden Anm. 8 D zu § 105 HGB; Hölzcke S. 176.
- 2) Erman S. 65: "Das Nichtigkeitsgebot erfährt grundsätzlich genügende Beachtung durch seine Auswirkung für die Zukunft (durch Ausschluß der verpflichtenden, bindenden Wirkung)." Nach den Ausführungen auf Seite 82 kann allerdings "unter Umständen" eine Vertragskorrektur geboten sein.

Irrrenden kann die Bindung seiner Person und seiner Einlage gegenüber den Mitgesellschaftern zugemutet werden, da die Vorgänge, aufgrund derer er seine Willenserklärung anfiicht, regelmäßig in seiner Sphäre unbeeinflußt von den Mitgesellschaftern entstanden sind. So erscheint die Regelung der §§ 119 ff. BGB schon für die Verkehrsgeschäfte im Schutze des Irrrenden äußerst weitgehend, wenn sie -abgesehen von der Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB im Falle der unverschuldeten Unkenntnis des Irrtums durch den Vertragspartner- unabhängig vom Verschulden das Risiko des Erklärungs- und Geschäftsirrtums dem Vertragsgegner auferlegt. Im Gegensatz zu den Fällen unrechtmäßiger Willensbeeinflussung - arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung- kann dem Irrrenden deshalb mit Rücksicht auf den guten Glauben der Mitgesellschafter eher die vertraglich tatsächlich vollzogene Ordnung als die maßgebliche Regelung für die Vergangenheit und die Abwicklung zugemutet und kann insoweit auf eine Berichtigung der speziell fehlerbehafteten Vereinbarungen verzichtet werden.

Es fragt sich, welche Anforderungen an die Gutgläubigkeit - bloße Nichtkenntnis oder Nichtkennenkönnen des Vertragsfehlers- zu stellen sind und welche Beziehung des Irrrenden zum Vertragsfehler -schuldhafter oder auch schuldloser Irrtum- die Benachteiligung zumutbar erscheinen lassen. Ferner ist zu untersuchen, in welchem Maße eine Regelung, die wegen des guten Glaubens der Mitgesellschafter als die angemessene erscheinen könnte, vollzogen sein muß, insbesondere, ob unter die Gutglaubenstatbestände auch Abwicklungsregelungen fallen können.

Man könnte sagen, daß sich in Anbetracht der ausdrücklichen Vorschrift des § 122 Abs. 1 BGB, die den Gutgläubigen weitgehend schützt, eine Berücksichtigung der Gutgläubigkeit bei Feststellung der angemessenen Regelung überhaupt erübrige. Der Einwand ist jedoch nicht stichhaltig. Berücksichtigt man den guten Glauben auch bei Feststellung der angemessenen Regelung, so geht dieser Schutz über den des § 122 BGB hinaus, indem er nämlich praktisch -Maßgeblichkeit der vertraglichen

Regelung- zu einem Ersatz des Erfüllungsinteresses führt, während § 122 BGB nur das durch die Höhe des Erfüllungsinteresses begrenzte Vertrauensinteresse gewährt. Dieser weitergehende Schutz ist bei den vollzogenen Personengesellschaften auch gerechtfertigt, weil die bewußte Teilnahme am Gesellschaftsverhältnis und der bewußte Mitvollzug gegenüber dem Abschluß eines Verkehrsgeschäftes ein weiterreichender und schwererwiegender Rechtsscheinstatbestand ist.

Aus diesem Grunde ist auch die Grenze des § 122 Abs.2 BGB -Nichtkennenmüssen des Irrtums- für unsere Frage nicht maßgeblich, vielmehr kann noch derjenige Mitgesellschafter schutzwürdig erscheinen, der den Irrtum nicht kannte, aber kennen mußte.

Indessen bleibt eine andere Wertung des Gesetzgebers, die in den §§ 119, 122 BGB zum Ausdruck kommt, auch für unsere Frage verbindlich. Für das Recht zur Anfechtung und die Verpflichtung zum Schadensersatz kommt es nach diesen Vorschriften nicht darauf an, worauf der Irrtum in der Person des Irrenden zurückzuführen ist, ob er verschuldet oder ob er unverschuldet war. Der Gesetzgeber hat sich hier für das reine Veranlassungsprinzip entschieden. Wegen der strukturellen Gleichheit der Haftungstatbestände, die beide auf die Grundsätze über die Haftung für das Setzen eines Rechtsscheins zurückgehen und sich nur in der Stärke der Rechtsfolge -nämlich einmal volle Geltung des Rechtsscheinstatbestandes, einmal Schadensersatzanspruch- unterscheiden, und wegen der Gleichheit der Interessen der Beteiligten muß diese Entscheidung auch für unsere Frage gelten. Es kommt also für die Zumutbarkeit der Benachteiligung für den Irrenden nicht darauf an, ob dieser seinen Irrtum verschuldet hat oder nicht ¹⁾.

Bezüglich des Umfanges des Gutgläubensschutzes ist noch die Frage zu klären, wie weit noch nicht tatsächlich vollzogene Einzelregelungen des Vertrages, insbesondere Abwicklungsregelungen zugunsten des Gutgläubigen zu berücksichtigen sind. Dieses Problem wird, wie auch der folgende Fall zeigt, häufig

1) Im Gegensatz etwa zu den eben erörterten Fällen des Dissenses vgl. dazu die Lösung des Falles 6 (S. 144 f.).

von praktischer Bedeutung sein.

Fall 7: A und B gründen eine OHG. A bringt 20.000,- DM in bar, B ein Patent ein. Infolge eines falschen Sachverständigengutachtens glaubt B, das Patent sei nur 20.000,- DM wert, während es tatsächlich 40.000,- DM wert ist. Da die Gewinnverteilung entsprechend dem Werte der Einlagen erfolgen soll, wird eine Gewinnbeteiligung zu gleichen Teilen vereinbart. Ferner enthält der Vertrag die Bestimmung, daß im Falle der Liquidation das Vermögen ebenfalls entsprechend dem Wert der Einlagen im Verhältnis eins zu eins geteilt werden soll. Wegen des hohen Gewinnes aus der Gesellschaft gibt A nach kurzer Zeit eine bisher verfolgte Einkommensquelle auf. Nach längerer erfolgreicher Geschäftstätigkeit, während der der Gewinn stets zu gleichen Teilen geteilt wurde, bemerkt B seinen Irrtum. A kannte den Irrtum des B nicht und konnte ihn nach den Umständen auch nicht kennen.

Bejaht man zum Nachteil des Irrenden in der fehlerhaften Gesellschaft einen Gutglaubensschutz zugunsten der Mitgesellschafter, die auf die Gültigkeit der Vertragsabreden vertraut haben, so ergibt sich, daß die in der Vergangenheit erfolgten Gewinnauszahlungen wegen des guten Glaubens des A nicht "berichtigt" werden, sondern als zu Recht erfolgt anzusehen sind und daß die Kapitalanteile bei der angemessenen Abwicklungsregelung nicht zugunsten des B nach dem wahren Wert der Einlagen korrigiert werden. Es fragt sich, ob auch für die abschließende Vermögensverteilung im Rahmen der Abwicklung der fehlerhafte vertragliche Schlüssel gilt oder ob hier der sich aus dem wahren Wert der Einlagen ergebende Schlüssel zugrunde zu legen ist.

Der Unterschied dieser Regelung zur Gewinnverteilungsregelung besteht darin, daß sie selbst noch nicht vollzogen worden ist, daß B insoweit keine sachlich unrichtige Regelung bewußt mitvollzogen hat. Auf der anderen Seite hat A nicht nur auf die Gültigkeit der Gewinnverteilungsabrede, sondern auch auf die Gültigkeit der Auseinandersetzungsregelung vertraut. Dabei ist zu beachten, daß eine Auseinandersetzungsregelung regelmäßig nicht als losgelöst von allen anderen während des Voll-

zuges der Gesellschaft sich auswirkenden Regelungen betrachtet werden darf, sondern daß die Beteiligungsquote für den Fall der Auflösung der Gesellschaft ein Wert ist, der vom einzelnen Gesellschafter während des Vollzuges ständig in Rechnung gestellt werden darf. Auch die Regelung, die sich praktisch noch nicht ausgewirkt hat, gehört demnach mit zum Rechtsscheinstatbestand, wenn auch nicht in dem Maße, wie das für die einzelne schon vollzogene und praktisch wirksam gewordene Regelung gilt.

Geht man davon aus, daß die Schutzwürdigkeit des Irrenden nur gering ist, so kommt man zu dem Ergebnis, daß ihm eine Zurechnung auch praktisch noch nicht vollzogener Regelungen regelmäßig zugemutet werden kann, soweit ein schutzwürdiges Interesse des Gutgläubigen vorhanden ist. Das setzt voraus, daß die Regelung im engeren Sinne zum Rechtsscheins- und Vertrauensstatbestand gerechnet werden kann. Ein im einzelnen bestimmtes Abgrenzungskriterium wird sich hier wegen der Vielgestaltigkeit der Fälle nicht finden lassen. Allgemein gesagt dürfte es darauf ankommen, in wie enger Verbindung die fragliche Regelung vor allem wirtschaftlich zur Betätigung des gutgläubigen Gesellschafters in der Gesellschaft steht.

Unter diesem Gesichtspunkt wird es bei Auseinandersetzungsregelungen auch darauf ankommen, ob die Gesellschafter bereits eine Auflösung der Gesellschaft ins Auge gefaßt hatten, sei es, daß die Gesellschaft auf Zeit abgeschlossen war, sei es, daß die Gesellschafter aus anderen Gründen an eine Auflösung dachten. Darauf wird es auch im Fall 7 ankommen. War etwa klar, daß das Patent nur einige Jahre würde ausgewertet werden können, so dürfte eine Vermögensverteilung zu gleichen Teilen am Platze sein. Dabei kann B allerdings den Teil des Erlöses aus der Veräußerung des Patents, der den angenommenen Wert übersteigt, vorweg für sich beanspruchen, weil sich der gute Glaube des A hierauf nicht erstreckt hat. Fordert B das Patent als Einlage zurück, so braucht er sich nur den fälschlich zugrundegelegten Wert anrechnen zu lassen. Dieses Ergebnis gilt auf der anderen Seite nur so lange, wie B dadurch nicht besser gestellt wird, als er bei einer Verteilung zwei Drittel zu ein Drittel stehen würde.

War die Gesellschaft dagegen nicht auf Zeit abgeschlossen und wurde der Auseinandersetzungsschlüssel deshalb von den Parteien bis zum Offenbarwerden des Vertragsfehlers als nebensächlich angesehen, so gehört die Vereinbarung darüber nicht zum Rechtsscheinstatbestand, und B hat mit Rücksicht auf den höheren Wert des Patents, wenn auch nicht Anspruch auf volle zwei Drittel des vorhandenen Vermögens, so doch auf einen größeren Teil als A.

Allgemein ist noch festzustellen, daß es für die Lösung der Fälle nicht grundsätzlich darauf ankommt, welcher Art der Irrtum ist. Alle Irrtumsfälle, in denen der Irrtum nach dem Gesetz erheblich ist, erfahren eine gesellschaftsrechtliche Sonderlösung nach den gefundenen Grundsätzen, also sowohl die Fälle des Erklärungsirrtums (§ 119 Abs.1 BGB 2. Alternative) - z.B. Unterschreiben einer Vertragsurkunde, die man mit einer anderen, die man unterschreiben wollte, verwechselt hat - wie die Fälle des Erklärungsinhaltsirrtums (§ 119 Abs.1 BGB 1. Alternative) - z.B. irrige Vorstellung über die Identität oder die Mitbeteiligung bzw. Nichtmitbeteiligung eines Dritten an der Gesellschaft oder irrige Vorstellung über die Bedeutung vereinbarter Regelungen, etwa darüber, was Gesamtgeschäftsführung ist, was Gewinnverteilung nach Kapitalanteilen oder Gehalt als Kostenfaktor bedeuten -, als auch die Fälle des Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft (§ 119 Abs.2 BGB) - z.B. Irrtum über den ausschließlichen Schutz eines eingebrachten Patents, Irrtum über die Bebaubarkeit eines eingebrachten Grundstücks oder über andere wertbildende Eigenschaften von Einlagen sowie Irrtum über berufliche Ausbildung des Mitgesellschafters oder über seine Kreditwürdigkeit.

Zusammenfassung:

1. In allen Fällen des beachtlichen Irrtums -Irrtum in der Erklärungshandlung, Irrtum über den Erklärungsinhalt und Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften- wird das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten für den Zeitraum des Vollzuges als berichtigungsbedürftiges gesellschafts-

rechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anerkannt.

2. Für die Frage der Zumutbarkeit einer Benachteiligung wegen Gutgläubigkeit eines oder mehrerer Mitgesellschaftler kommt es nicht darauf an, ob der Irrende schuldhaft oder schuldlos in den Irrtum geraten ist. Unter den Mitgesellschaftlern kann unter Umständen auch noch derjenige als gutgläubig angesehen werden, der den Irrtum nicht kannte, aber hätte erkennen müssen.

3. Gegenüber Gutgläubigen ergibt sich die angemessene Regelung auch bezüglich der speziell fehlerbehafteten Regelungsgegenstände aus dem fehlerhaften Vertrage, soweit die einzelne Regelung tatsächlich vollzogen worden ist. Das gilt auch für im einzelnen noch nicht vollzogene Regelungen, insbesondere Auseinandersetzungsregelungen, wenn die fragliche Regelung vor allem wirtschaftlich gesehen schon bei Abschluß des Vertrages oder während des Vollzuges in enger Verbindung zur Betätigung des gutgläubigen Gesellschafters stand.

5. Arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung und dergleichen Fehlern ähnliche Fälle der §§ 134, 138 BGB.

a) Die Berücksichtigung der besonderen Schutzinteressen des Benachteiligten in zweigliedrigen Gesellschaften.

Eine besondere Problematik weisen die Fälle auf, in denen der Vertragsfehler im Sinne von § 123 BGB auf einer unrechtmäßigen Einflußnahme auf die Willensbildung eines Beteiligten beruht oder in einer unrechtmäßigen Übervorteilung eines oder mehrerer Beteiligten im Sinne der §§ 134, 138 BGB besteht. Etwa in den Fällen zweigliedriger Gesellschaften, in denen der durch den anderen Gesellschafter arglistig Getäuschte oder widerrechtlich Bedrohte sich ohne Täuschung oder Drohung gar nicht an der Gesellschaft beteiligt hätte, kann man nicht sagen, daß der Gesichtspunkt der erhöhten Verantwortung für die aus der fehlgeschlagenen Selbstgestaltung entstandenen Beziehungen es erfordere, mit Rücksicht auf den anderen Gesellschafter -hier den Täuschenden oder Drohenden- die Entstehung eines gesellschaftsrechtlichen Schuldverhältnisses anzuerkennen. Hier gibt es keine schutzwerten Interessen des

Mitgesellschaftern und entsprechend keine tatsächliche schutzwürdige persönliche Gemeinschaft unter den Beteiligten, die eine besondere Verantwortlichkeit und Bindung des Benachteiligten rechtfertigen würden ¹⁾.

Indessen schließt diese Tatsache für diese Fälle zwar die Annahme eines gesellschaftsrechtlichen Schuldverhältnisses mit allen Gesellschafterpflichten des Getäuschten oder Bedrohten gegenüber dem Mitgesellschafter aus, zwingt aber doch nicht zu einer Rückgängigmachung des Rechtsverhältnisses in allen Einzelakten nach Bereicherungsrecht, sondern erfordert nur eine Einschränkung dahin, daß der Geschädigte gegenüber dem Schädiger nicht schlechter gestellt werden darf, als er bei Nichtigkeit ex tunc stehen würde, daß er insbesondere dem Schädiger nicht Schadensersatz für "gesellschaftswidrige" Verhalten schuldet. Im übrigen muß mit Rücksicht auf die Unangemessenheit einer Abwicklung nach Bereicherungsrecht und zur Vermeidung einer Rückabwicklung aller Einzelakte das Rechtsverhältnis nach gesellschaftsrechtlichen Maßstäben abgewickelt, insbesondere das vorhandene Vermögen im Wege der Liquidation auseinandergesetzt werden ²⁾.

Macht man sich klar, daß es bei den fehlerhaften Gesellschaften nicht um die Anerkennung neuer Gründungstatbestände geht, sondern allein um die Abwicklung von Rechtsverhältnissen, daß also die Frage des Bestehens von Pflichten nur für die Annahme von Schadensersatzansprüchen von praktischer Bedeutung ist, daß es im übrigen nur um die sachgerechte Verteilung eines vorhandenen Vermögens geht, so wird deutlich, daß den Interessen des Getäuschten oder Bedrohten auch bei Anwendung von Gesellschaftsrecht voll entsprochen werden kann, stellt man an die Auflösung des Rechtsverhältnisses keine besonderen Anforderungen, gewährt man dem Betroffenen die zu seinem Schutze

- 1) So auch Ramm (S. 19) für die entsprechenden Fälle eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, damit gleichzeitig die "Theorie des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" ablehnend.
- 2) Mit Rücksicht auf die unüberwindbaren Abwicklungsschwierigkeiten hält deshalb auch Ramm (S. 28 f.) für die Gesellschaften eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen für zulässig.

erforderlichen Rechte am vorhandenen Vermögen und schließt man Schadensersatzansprüche des Schädigers gegen den Betroffenen weitgehend aus. Im übrigen erfordert nicht nur die Vermeidung von Abwicklungsschwierigkeiten die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze, sondern auch die Interessen des Getäuschten oder Bedrohten erfahren so den in anderer Hinsicht erforderlichen Schutz. Haben die Betroffenen einmal -wenn auch gegen ihren eigentlichen Willen- ein Gesellschaftsverhältnis vollzogen, so liegt es in ihrem Interesse, den Schädiger für die Handlungen, die innerhalb des Gesellschaftszwecks wiederum widerrechtlich und schädigend waren, zur Verantwortung ziehen zu können. Das aber ist nur dann der Fall, wenn man diesen, was ihm mit Rücksicht auf seine Beteiligung an dem Gesellschaftsverhältnis auch zugemutet werden kann, zu gesellschaftsmäßigem Verhalten für verpflichtet ansieht.

Es wäre also falsch, die Anwendung von Gesellschaftsrecht mit Hinweis darauf zu versagen, der Schädiger verdiene diesen Schutz nicht. Es ist eben nicht so, daß eine Behandlung nach Bereicherungsrecht stets im Interesse der Geschädigten und eine Behandlung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen stets im Interesse des Schädigers liege. Soweit gegen die rein tatsächliche Betätigung der Gesellschafter von der Rechtsordnung nichts einzuwenden ist, erscheint vielmehr nur eine Abwicklung der fehlerhaften vollzogenen Rechtsverhältnisse nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen sachgerecht, wobei die Regeln allerdings jeweils entsprechend den besonderen Schutzinteressen der durch die Nichtigkeitsnorm geschützten Beteiligten modifiziert werden müssen.

Das führt für die hier behandelten Fälle zweigliedriger nach § 123 BGB fehlerhafter Gesellschaften dazu, daß der Geschädigte grundsätzlich nicht wesentlich schlechter gestellt werden darf, als er bei voller Nichtigkeit stehen würde. Im einzelnen wird man deshalb einmal sagen müssen, daß zur Auflösung auch bei den Handelsgesellschaften eine Kündigung ausreicht, da dem Geschädigten nicht zugemutet werden kann, noch weiterhin in dem fehlerhaften Rechtsverhältnis festgehalten zu wer-

den¹⁾. Sodann kann der Schädiger gegen den Getäuschten oder Bedrohten grundsätzlich aus dem Gesellschaftsverhältnis keine über die §§ 823 ff. BGB hinausgehenden Schadensersatzansprüche geltend machen²⁾. Mit Kündigung kann der Geschädigte seine Einlage aus dem Vermögen zurückfordern. Die Schadensersatzansprüche des Geschädigten nach §§ 823, 826 BGB wegen der arglistigen Täuschung oder wegen der widerrechtlichen Drohung sind im Rahmen der Liquidation zu berücksichtigen und in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen.

b) Die Möglichkeit der Gleichbehandlung der untersuchten Vertragsfehler.

Hinsichtlich der Art des Vertragsfehlers ist allgemein zu sagen, daß zwischen den Fällen der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung grundsätzlich kein Unterschied zu machen ist. In beiden Fällen geht die Beteiligung an der Gesellschaft auf einen durch unrechtmäßige Einflußnahme entstandenen fehlerhaften Willen zurück. Daß diese Fehlerhaftigkeit dem Betroffenen einmal unbewußt und einmal bewußt ist, erfordert keine grundsätzlich unterschiedliche Behandlung. Insbesondere fehlt es nach unserer Auffassung im Falle der widerrechtlichen Drohung nicht -wie Höltzcke³⁾ meint- an dem "tatsächlichen" Willen zum Vollzuge der Gesellschaft. Vielmehr liegt auch hier, wenn der "innere" Wille auch entgegenstehen mag, ein Rechtsverhältnis vor, in dem die Beteiligten planvoll durch gemeinsamen Einsatz von Vermögen und Arbeitskraft Werte schaffen wollten und geschaffen haben. Ein Vergleich mit der zum Schein geschlossenen Gesellschaft, den Höltzcke anstellt⁴⁾ paßt unseres Er-

- 1) Diese Regelung ist bereits von Fischer in NJW 1958, 972 Sp. 2 vorgeschlagen worden. Dagegen Geßler bei Schlegelberger Anm. 62 i zu § 105 HGB, mit dem Argument, gerade das Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes fordere auch in diesen Fällen ein Gestaltungsurteil. Unseres Erachtens würde damit jedoch die Grenze des dem Getäuschten oder Bedrohten Zumutbaren überschritten, auch wenn man ihm bis zur Rechtskraft des Urteils besondere Rechte gäbe.
- 2) Ebenso Fischer, a.a.O. S. 971 Sp. 2 f., allerdings nur unter Gewährnung des Einwandes der Arglist, während wir bei der Ausfüllung der Lücke in diesen Fällen von vornherein Schadensersatzansprüche des Schädigers ausschließen.
- 3) Höltzcke, S. 179 f.
- 4) a.a.O.

achtens deshalb nicht, weil es hier für das Rechtsverhältnis eine von den Beteiligten fehlerfrei und übereinstimmend gewollte andere Ordnung gibt, an der es bei der auf widerrechtlicher Drohung beruhenden Gesellschaft jedoch fehlt.

Neben den Fällen des § 123 BGB gehören in diesen Zusammenhang noch die Fälle des Gesetzesverstoßes oder des Verstoßes gegen die guten Sitten, in denen der Verstoß allein in einer rechtswidrigen Übervorteilung eines oder mehrerer Mitbeteiligter liegt, wie stets im Falle des § 138 Abs.2 BGB, wo gegen die Tätigkeit der Gesellschaft selbst aber im übrigen nichts einzuwenden ist. Wenn das Nichtigkeitsgebot hier auch nicht wegen des Zustandekommens wie bei den Anfechtungstatbeständen, sondern wegen des Inhalts des Rechtsgeschäfts besteht¹⁾, so erfordert der Gesetzeszweck hier doch nicht die Rückgängigmachung der erfolgten Vollzugshandlungen nach Bereicherungsrecht, da der Zweck auch bei Aufrechterhaltung der Vollzugsakte der Vergangenheit durch Berichtigung des Rechtsverhältnisses zugunsten des Benachteiligten erreicht werden kann. Die Fälle können deshalb mit Fischer²⁾ grundsätzlich für das Gesellschaftsrecht als gleichartig angesehen werden.

c) Grundsätze für die Behandlung mehrgliedriger Gesellschaften.

Wenn wir uns nunmehr den nach § 123 BGB und den entsprechenden nach §§ 134, 138 BGB fehlerhaften Gesellschaften zuwenden, an denen mehr als nur der drohende oder arglistig täuschende Gesellschafter und der Geschädigte beteiligt sind, insbesondere den Fällen, in denen weitere gutgläubige Gesellschafter beteiligt sind, die von dem Vertragsfehler nichts wußten und diesen auch nicht kennen konnten, so zeigt sich, daß die vorge-schlagene Lösungskonzeption auch für diese Fälle grundsätzlich paßt und daß sich eine grundlegende Unterscheidung zwischen den Fällen zweigliedriger und mehrgliedriger Gesellschaften er-übrigt. Da der gutgläubige Mitgesellschafter ohne nähere Beziehung zu dem Vertragsfehler ist, muß ihm gegenüber nach den

1) Vgl. Rittner in HDSW Bd. 11, S. 267.

2) Fischer a.a.O. S. 971, Sp. 1; vgl. auch Erman S. 65.

oben allgemein getroffenen Feststellungen der arglistig Getäuschte oder widerrechtlich Bedrohte nach dem Prinzip einer erhöhten Verantwortung für die aus der fehlgeschlagenen Selbstgestaltung entstandenen Rechtsbeziehungen so angesehen werden, daß er jedenfalls mit den gutgläubigen Mitgesellschaftern für den Zeitraum der Vergangenheit in einem berichtigungsbedürftigen gesellschaftsrechtlichen Schuld- und Organisationsverhältnis gestanden hat. Die Auswirkungen des Vertragsfehlers in den einzelnen Vereinbarungen werden dadurch beseitigt, daß das Rechtsverhältnis für die Vergangenheit und für die Auseinandersetzung nach einer angemessenen Regelung berichtigt wird, im übrigen müssen aber auch der arglistig Getäuschte und der widerrechtlich Bedrohte so angesehen werden, daß sie gegenüber den übrigen Mitgesellschaftern zur Erfüllung ihrer nach angemessener Regelung bestehenden Gesellschafterpflichten verpflichtet waren. Auf die Erhebung einer Auflösungsklage wird man jedoch auch ihnen gegenüber wie bei den zweigliedrigen Gesellschaften in all den Fällen verzichten müssen, in denen der Getäuschte, Bedrohte oder rechtswidrig Übervorteilte ohne den Fehler an der Gesellschaft überhaupt nicht teilgenommen hätte. Demgegenüber wird man das Erfordernis einer Klage zur Auflösung der OHG oder KG dem Betroffenen dann zumuten dürfen, wenn er sich auch ohne den Vertragsfehler an der Gesellschaft beteiligt hätte, wenn auch im einzelnen unter anderen Vereinbarungen. Das Ausmaß der Berichtigung der fehlerhaften Regelung wird auch in diesen Fällen durch das Moment der Gutgläubigkeit der Mitgesellschafter, d.h. ihres Vertrauens auf den Bestand einer bestimmten Regelung mitbestimmt. Wegen der höheren Schutzwürdigkeit der Benachteiligten gegenüber dem Irrenden wird man einen Gutglaubensschutz aber nur gegenüber den Mitgesellschaftern für angemessen ansehen können, die den Vertragsfehler nicht kannten und auch nicht kennen konnten. Man wird ihn auch auf die Regelungen beschränken müssen, die in der Vergangenheit bereits praktisch vollzogen worden sind, wird die Auseinandersetzung also stets nach einem nach objektiven Gesichtspunkten -wenn auch unter Berücksichtigung der Parteiwertungen- aufgestellten angemessenen Maßstab durchführen müssen.

Für die Fälle der arglistigen Täuschung, der widerrechtlichen Drohung und die ähnlichen Fälle der §§ 134, 138 BGB stimmt unsere Lösung danach grundsätzlich soweit mit der herrschenden Lehre überein und weicht ebenso davon ab, wie es für unsere Lösung nach den abweichenden Grundlagen auch bei den anderen Vertragsfehlern der Fall ist. Praktisch stimmen wir insoweit überein, als wir auch hier grundsätzlich eine gesellschaftsrechtliche Lösung für erforderlich halten, ferner stimmen wir mit Hueck, Erman und Siebert überein, soweit sie die speziell fehlerbehafteten Vertrags-
teile berichtigen wollen ¹⁾. Mit der Auffassung des Bundesgerichtshofs stimmen wir nicht überein, wenn er ausführt ²⁾, eine gesellschaftsrechtliche Lösung sei wegen einer dadurch entstehenden Verletzung überwiegender schutzwürdiger Interessen des Betroffenen dann überhaupt ausgeschlossen, wenn bei arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung ein in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellender Schadensersatzanspruch dem Getäuschten oder Bedrohten keinen genügenden Ausgleich ermögliche. Versteht man das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten als berichtigungsbedürftiges Abwicklungsverhältnis, so ergibt sich damit die Berechtigung zu so weitreichenden Modifikationen einer normalen Abwicklung nach Gesellschaftsrecht, daß sich eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht, das in diesen Fällen grundsätzlich als nichtsachgerechter Regelungskomplex angesehen werden muß, stets erübrigt. Auf diese Weise hätte auch der im Jahre 1950 vom OLG Stuttgart ³⁾ im Ergebnis zutreffend entschiedene Fall einer widerrechtlichen Drohung im gleichen Sinne entschieden werden können, ohne eine grundsätzliche Ausnahme von der Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze auf diese Fälle machen zu müssen.

d) Zusammenfassung:

1. Auch in den Fällen der arglistigen Täuschung, der widerrechtlichen Drohung und in den Fällen der §§ 134, 138 BGB, in denen der Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten nur in einer widerrechtlichen Übervorteilung eines oder

1) Hueck OHG S. 51; Erman S. 65; Siebert Fakt.Vertragsverh. S. 60 u. 64.

2) BGHZ 13, 320 (323); vgl. auch oben S. 11.

3) OLG Stuttgart in NJW 1951, 29 (Urt.v.7.9.1950).

mehrerer Mitbeteiligter besteht, ist das Rechtsverhältnis in gewissen Grenzen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen abzuwickeln.

2. Die fehlerhafte vertragliche Regelung ist nachträglich zu berichtigen, wobei hinsichtlich der praktisch vollzogenen Regelungen diejenigen in ihrem Vertrauen geschützt werden, die den Vertragsfehler nicht kannten und nicht kennen konnten.
3. Der Beteiligte, der den Vertragsfehler widerrechtlich herbeigeführt hat, kann gegen den Geschädigten grundsätzlich über etwaige Ansprüche wegen unerlaubter Handlung hinaus keine Schadensersatzansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis geltend machen.
4. In den Fällen, in denen sich der Geschädigte, Bedrohte oder Benachteiligte ohne den Vertragsfehler überhaupt nicht an der Gesellschaft beteiligt hätte, genügt auch bei der OHG und KG zur Auflösung des Rechtsverhältnisses eine Kündigung.

6. Unbewußter Verstoß gegen Verbotsgesetze schwächerer Art.

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ¹⁾ und der Rechtsprechung ²⁾ haben wir oben ³⁾ festgestellt, daß die Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft als berichtigungsbedürftiges gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis dann ausgeschlossen ist, wenn die Tätigkeit der Gesellschaft selbst gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138 BGB). Indessen muß diese Regel auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen der Makel, der den Vollziehungsakten der Vergangenheit anhaftet, mit Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit zu groß ist, um den Akt

- 1) Hueck OHG, S. 55; Erman S. 63 f.; Haupt-Reinhardt S. 75; Baumbach-Duden Anm. 8 E zu § 105 HGB; Fischer in NJW 1955, 850 und NJW 1958, 970.
- 2) BGHZ 3, 285; 13, 320; grundsätzlich auch BGH bei LM Nr. 8 zu § 105 HGB.
- 3) Vgl. oben S. 76 f.

bestehen zu lassen, und die Akte diesen Makel auch durch eine Korrektur der Beziehungen der Gesellschafter im Innenverhältnis nicht verlieren.

Das trifft zunächst immer ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis des Verbotes in den Fällen zu, in denen das Verbotsgesetz die Existenz des Gesellschaftsverhältnisses und den Gesellschaftszweck selbst als rechtswidrig erscheinen läßt, etwa in den Fällen des Schleichhandels und der Devisenschiebung. Daneben gibt es aber auch, wie zum Beispiel ein vom Bundesgerichtshof entschiedener Fall zeigt ¹⁾, den Gesellschaftszweck betreffende Verbote, die schwächerer Natur sind. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: A und B schlossen im Jahre 1951 einen Gesellschaftsvertrag, um in Form einer OHG einen Handel mit Altmetallen zu betreiben. Inhaber der Konzession sollte allein A werden, was nach dem Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen jedoch unzulässig ist. In dem Glauben, ihre Vereinbarungen entsprächen dem Gesetz und sie würden auf einen Antrag hin ohne weiteres eine Konzession erhalten, betrieben die Gesellschafter ihr Geschäft mit Duldung der Polizei längere Zeit ohne Konzession, wobei sie sich an die Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages hielten. Erst später bei Beantragung der Konzession stellte sich heraus, daß der Vertrag nach § 134 BGB von Anfang an nichtig war.

Der Bundesgerichtshof hat dieses Rechtsverhältnis als "faktische Gesellschaft" anerkannt und es nach Gesellschaftsrecht behandelt. In der Tat erscheint es in diesem Falle zutreffend, das Rechtsverhältnis für die Vergangenheit mit Rücksicht auf den nur polizeirechtlichen Gehalt des Verbotes und mit Rücksicht auf das fehlende Verschulden der Beteiligten anzuerkennen. Allgemein wird sich sagen lassen, daß eine Aufrechterhaltung vor allem in den Fällen des Verstoßes gegen Verbotsgesetze mit ordnungspolizeilichem Zweck in Frage kommt ²⁾. Hier steht der den Geschäftsakten anhaftende sittliche Makel nur dann einer Aufrechterhaltung unter Berichtigung im Wege, wenn die Beteiligten

1) BGH bei LM Nr. 8 zu § 105 HGB.

2) Vgl. Erman S. 65.

das Verbot kannten. Bei stärkeren Verboten kann sich wegen der überwiegenden Interessen der Allgemeinheit allerdings schon dann eine Abwicklung nach angemessener gesellschaftsrechtlicher Regelung verbieten, wenn die Beteiligten das Verbot zwar nicht kannten, aber kennen mußten ¹⁾. Es ist sehr schwer, hier zu objektivierbaren Maßstäben zu kommen ²⁾, weswegen dem Richter trotz dieser Kriterien ein erheblicher Entscheidungsspielraum bleibt.

In den Fällen des Sittenverstoßes, in denen sich die Sittenwidrigkeit gegen die Allgemeinheit richtet, liegen die Rechtsverhältnisse wie beim Gesetzesverstoß. Haftet die Sittenwidrigkeit dem Zweck oder dem geplanten Tätigwerden der Gesellschaft selbst an, muß Nichtigkeit ex tunc gelten. Bei schwächeren Verstößen gegen die guten Sitten kommt ebenfalls eine Abstufung nach Kenntnis - fahrlässige Unkenntnis - unverschuldete Unkenntnis des Sittengebots in Betracht. Denn der Begriff der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 BGB erfordert nicht das Vorliegen einer groben Moralwidrigkeit. Insbesondere in den Fällen, in denen es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auf die Auffassung eines bestimmten Standes oder Berufes ankommt, kann auch die Unkenntnis eines Sittengebots entschuldbar sein.

Zusammenfassung:

In den Fällen des Gesetzes- oder Sittenverstoßes, in denen das Verbot oder das Sittengebot die Existenz der Gesellschaft selbst und ihren Zweck als rechtswidrig und des Schutzes der Rechtsordnung unwürdig erscheinen lassen, gilt Nichtigkeit ex tunc.

In leichten Fällen des Gesetzes- oder Sittenverstoßes kann jedoch das Rechtsverhältnis für die Vergangenheit als berichtigungsbedürftiges gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anerkannt werden, wenn die Beteiligten das Verbot bzw. Gebot nicht kannten. Je nach der Schwere des Ver-

1) Zum gleichen Ergebnis kommen bei Bestimmung des Kreises der ex tunc nichtigen Rechtsverhältnisse Erman S. 64 und Fischer in NJW 1958, 970; dagegen kommt es nach der Auffassung von Geßler (bei Schlegelberger Anm. 62 g zu § 105 HGB) nicht darauf an, ob der Verstoß bewußt oder unbewußt und ungewollt erfolgt ist.

2) Vgl. Fischer a.a.O.

stoßes kann es in diesen Fällen darauf ankommen, ob die Beteiligten das Verbot unverschuldet oder fahrlässig nicht kannten.

7. Ungenehmigte Beteiligung von nicht voll geschäftsfähigen Personen.

a) Ablehnung eines vollen Einschlusses des nicht voll Geschäftsfähigen.

Die Anerkennung eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses unter Einschluß nicht voll geschäftsfähiger Personen, die sich ohne die erforderliche Genehmigung an dem Gesellschaftsverhältnis beteiligt haben, wird heute überwiegend abgelehnt¹⁾.

Als Beispiel für die Erörterung dient allgemein der Fall, daß ein Minderjähriger sich ohne die erforderliche Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts an einer Personengesellschaft beteiligt.

Der Bundesgerichtshof steht dazu auf dem Standpunkt, daß hier ein Fall vorliege, in dem "die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustandes mit gewichtigen Interessen einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde"²⁾. Da die faktische Gesellschaft für die Vergangenheit im wesentlichen der rechtsgeschäftlich wirksamen Gesellschaft gleichgestellt werde, indem sie nämlich echte obligatorische Verpflichtungen nach Maßgabe des Vertrages, und zwar Einlageverpflichtungen und gesellschaftliche Treuepflichten, erzeuge, ferner die Notwendigkeit einer besonderen Auflösungsklage und einer Auseinandersetzung nach dem Verträge oder den Bestimmungen des Gesetzes bestände, könne eine faktische Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen nicht anerkannt werden. Diese als notwendige Rechtsfolge eintretenden unmittelbaren schuldrechtlichen Wirkungen ständen in zu starkem Widerspruch zu den Vorschriften über den Minderjährigenschutz, die die Begründung schuldrechtlicher Ver-

1) Hueck, OHG S. 55 f. bezüglich einer Beteiligung am Gesamtvermögen; Erman S. 64 f.; Baumbach-Duden Anm. 8 E zu § 105 HGB; Fischer in NJW 1955, 851 und NJW 1958, 973.

2) BGHZ 17, 160 (166).

pflichtungen zu Lasten des Minderjährigen nach Maßgabe des rechtsgeschäftlich unwirksamen Vertrages nicht zuließen. Der Schutz gehe nach unserem Recht so weit, daß er ganz allgemein dem Vertrauensschutz der anderen Vertragsparteien vorgehe. Deshalb müßten hier die sonst durchaus schutzwerten Interessen der übrigen an der Gesellschaft beteiligten Personen an einer rechtlichen Anerkennung des von ihnen tatsächlich geschaffenen Zustandes zurücktreten ¹⁾.

Damit will der Bundesgerichtshof nach seiner ausdrücklichen Erklärung noch keine Stellung zu der Frage nehmen, welche Rechte dem Minderjährigen gegen die Mitbeteiligten zustehen, insbesondere dann, wenn die Gesellschaft durch die tätige oder finanzielle Mitwirkung des Minderjährigen Gewinne erzielt hat.

Wir sind bereits oben ²⁾ zu dem Ergebnis gekommen, daß der nicht voll Geschäftsfähige nach der verbindlichen Wertung unseres Gesetzes weder beim Verkehrsgeschäft noch bei der Gesellschaftsgründung eine Verantwortung für sein selbstgestaltendes Tun über das Deliktsrecht hinaus zu tragen hat und daß eine besondere Verantwortlichkeit für die aus fehlerhafter Selbstgestaltung entstehenden Rechtsbeziehungen deshalb ebenfalls verneint werden muß.

Selbst wenn man eine Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen über das Deliktsrecht hinaus gegen den Minderjährigen ähnlich wie etwa in den Fällen der arglistigen Täuschung oder der widerrechtlichen Drohung ³⁾ ausschließen würde, wäre diesem Schutzbedürfnis nicht voll entsprochen; denn der Minderjährigenschutz in unserem Recht läßt eine gesellschaftsrechtliche Sonderlösung unter Einschluß des Minderjährigen auch in dieser Form nicht ohne weiteres zu. Eine Ausdehnung dieser Lösung auf den Minderjährigen würde bedeuten, daß die von ihm geleistete Einlage als zum Gesamthandsvermögen gehörig angesehen werden müßte. Dieser Rechtsverlust an die gesamte

1) Vgl. BGHZ 17, 167-168.

2) Vgl. oben S. 77 f.

3) Vgl. oben S. 154 f.

Hand würde sich zwar im Innenverhältnis nicht zum Nachteil des Minderjährigen auswirken müssen, da diesem ein jederzeit ausübbares Rückforderungsrecht auf seine Einlage zugebilligt werden könnte. Im Hinblick auf das Außenverhältnis erscheint der Rechtsverlust dem Minderjährigen jedoch nicht zumutbar, da er insofern durch jede Verfügung eines vertretungsberechtigten Mitgesellschafters das Recht an seiner Einlage verlieren würde, seine Einlage außerdem jedem Gesellschaftsgläubiger als Teil des Gesellschaftsvermögens als Befriedigungsobjekt zur Verfügung stände. Die Zugehörigkeit der Einlage des Minderjährigen zum Gesellschaftsvermögen wird deshalb allgemein abgelehnt. In konsequenter Durchführung dieser Auffassung wird dem nicht voll Geschäftsfähigen ein Vindikationsanspruch auf seine Einlage und für den Fall, daß die Einlage nicht mehr verfügbar ist, ein Bereicherungsanspruch zugebilligt ¹⁾. Man kommt damit bzgl. der Einlage des Minderjährigen zu einer gesetzestreuen Lösung.

- b) Das Wahlrecht des nicht voll Geschäftsfähigen. Ablehnung einer Zubilligung reiner Abfindungsansprüche oder einer Beschränkung auf Bereicherungs- und Arbeitsvergütungsansprüche.

Der eigentliche Streit geht heute über die auch vom Bundesgerichtshof bezeichnete, aber offengelassene Frage, welche Rechte einem Minderjährigen darüberhinaus zustehen für den Fall, daß die Gesellschaft durch die tätige oder finanzielle Mitwirkung des Minderjährigen Gewinne erzielt hat. Der überwiegende Teil der Autoren vertritt die Auffassung, man werde dem Grundgedanken der Schutzvorschriften für nicht voll geschäftsfähige Personen nicht gerecht, wenn man es mit Bereicherungsansprüchen bewenden ließe und jede Beteiligung des nicht voll Geschäftsfähigen am Gewinn und Ertrag der gemeinsamen Arbeit leugne. Man will den Betroffenen daran beteiligen, und zwar ohne ihm für die zurückliegende Zeit gesellschaftsrechtliche Pflichten aufzubürden und ohne ihn zur Teilnahme an einem etwaigen Verlust zu verpflichten. Fischer ²⁾ will dem nicht voll Geschäftsfähigen deshalb im Falle der Gewinnerzielung einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft "nach Maßgabe seiner tätigen Mitarbeit oder

1) Hueck OHG S. 56; Ganssmüller in NJW 1955, 1067; Fischer in NJW 1955, 851; Nipperdey in MDR 1955, 670.

2) Fischer in NJW 1955, 851.

seiner kapitalmäßigen Beteiligung " zugestehen, " soweit die Höhe eines solchen Anspruchs über einen reinen Bereicherungsanspruch hinausgeht ".

Geßler ¹⁾ schlägt ein volles Recht des Minderjährigen auf seinen Anteil vor, falls Gewinn gemacht werde; sei mit Verlust abgeschlossen worden, so erhalte der Minderjährige seine Einlage oder deren tatsächlichen Wert ohne Rücksicht auf sein negatives Kapitalkonto zurück.

Ganßsmüller ²⁾ stimmt in seiner Lösung mit Fischer überein, wobei er darauf hinweist, daß zu Ungunsten des Minderjährigen allerdings Gewinne und Verluste verschiedener Rechnungsperioden kompensiert werden dürften. Er hält auf der anderen Seite zur Auflösung einer OHG oder KG eine Klage für erforderlich und auch für zumutbar.

Gegen eine solche Zubilligung eines Abfindungsanspruchs hat sich insbesondere Nipperdey ³⁾ gewandt. Nipperdey geht davon aus, daß das wirtschaftliche Risiko eines solchen Zusammenschlusses wegen des Minderjährigenschutzes in der Regel allein von den Mitgesellschaftern getragen werde, insoweit der Minderjährige an einem eventuellen Verlust nicht teilzunehmen brauche, ihm insbesondere bei Rückforderung der Einlage nicht der Einwand des Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs.3 BGB) entgegengehalten werden könne. Es sei daher nicht billig und es heiße den Minderjährigenschutz überspannen, wollte man von den Gesellschaftern auf der anderen Seite verlangen, daß sie einen etwaigen Gewinn mit dem Minderjährigen teilten. Im übrigen stünde es im Ermessen des gesetzlichen Vertreters bzw. des Vormunds und des Vormundschaftsgerichts, den Gesellschaftsvertrag zu genehmigen. Sofern der Minderjährige durch Hingabe seines Kapitals nicht wirklich ein wirtschaftliches Risiko eingegangen sei, habe er nur einen Bereicherungsanspruch, der allerdings nach § 818 Abs.1 BGB einen Anspruch auf Zinsen bzw. eine angemessene Nutzungsentschädigung umfasse. Geleistete Arbeit sei

1) Schlegelberger-Geßler Anm. 62 k zu § 105 HGB.

2) Ganßsmüller in NJW 1955, 1067.

3) Nipperdey in MDR 1955, 669 (670).

daneben angemessen zu vergüten.

Bedenkt man, daß der Minderjährige, der möglicherweise in der Gesellschaft an entscheidender Stelle tätig war, auf diese Weise stets bezüglich seiner Kapitalbeteiligung wie ein Außenstehender und bezüglich seiner Arbeitsleistung wie ein Angestellter behandelt wird, so kann auch diese Lösung nicht befriedigen. Der Minderjährige kann durchaus ein schutzwertes Interesse daran haben, daß über seine Beteiligung gesellschaftsmäßig abgerechnet wird.

Nun scheint das Gesetz für diesen Fall die Möglichkeit der Genehmigung des Gesellschaftsvertrages vorzusehen. Man könnte sagen, der gesetzliche Vertreter könne den Gesellschaftsvertrag ja genehmigen, wenn er über Bereicherungs- und Arbeitsvergütungsansprüche hinaus noch am Gewinn der Gesellschaft beteiligt sein wolle. Gerade in der Möglichkeit der Genehmigung bestehe der gesetzlich vorgesehene Schutz für das Interesse des Minderjährigen daran, in den Genuß eines wirtschaftlich günstigen Geschäfts zu kommen. Das Geschäft sei eben nichtig oder vollwirksam. Wenn das Geschäft nicht genehmigt werde, bestehe auch kein berechtigter Anspruch auf Beteiligung am Erfolg des Geschäftes.

Diese Argumentation trifft zu auf die Rechtslage bei den Verkehrsgeschäften, insbesondere die Ansicht, der Rechtsschutz durch Gewährung des Genehmigungsrechts sei ausreichend zur Wahrung der Interessen des Minderjährigen. Hier liegt ein übersehbares Geschäft vor, das auch wirtschaftlich berechtigterweise nur als ganzes als gültig gewollt werden kann oder nicht.

Die Rechts- und Interessenlage bei den Gesellschaftsverhältnissen ist jedoch anders. Im Augenblick der Geltendmachung der Unwirksamkeit des Vertrages liegt in unseren Fällen stets eine Geschäftstätigkeit von gewissem, häufig erheblichem Umfang vor. Dabei beziehen sich die Verpflichtungen aus diesem Gesellschaftsverhältnis, wenn es voll gültig wird, nicht nur auf die Vergangenheit, sondern auch auf die Zukunft. Nur in Ausnahmefällen wird ein jederzeitiges Kündigungsrecht vereinbart worden sein. Hier kann es neben dem Interesse an der Unwirksamkeit der ganzen Beteiligung an dem Gesellschaftsver-

hältnis und dem Interesse an der auch für die Zukunft verpflichtenden Vollgültigkeit des Gesellschaftsverhältnisses noch ein drittes schutzwertes Interesse geben, nämlich das an der teilweisen Gültigkeit der Beteiligung an dem vollzogenen Gesellschaftsverhältnis für den Zeitraum der Vergangenheit. Dieses Interesse des Minderjährigen, das durch die Vornahme der auch für die Zukunft wirkenden Genehmigung nicht gedeckt werden kann, könnte dadurch befriedigt werden, daß man dem Minderjährigen und seinem gesetzlichen Vertreter das Recht gibt, eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht in der Weise zu fordern, wie wir sie grundsätzlich für die anderen Vertragsfehler bejaht haben.

Grundsätzlich entspricht unsere Lösung damit der von Höltzcke¹⁾ vorgeschlagenen Zubilligung eines Wahlrechts. Im einzelnen weicht die Lösung im Inhalt der gesellschaftsrechtlichen Sonderlösung jedoch erheblich von der Höltzckes ab. Wählt der gesetzliche Vertreter die gesellschaftsrechtliche Abwicklung, so gilt der Minderjährige nachträglich als dem gesellschaftsrechtlichen Schuld- und Organisationsverhältnis zugehörig, und seine Einlage gehört von Anfang an zum Gesellschaftsvermögen. Sofern sie noch im Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist, kann der Minderjährige sie unter Anrechnung auf seinen Auseinandersetzungsanteil zurückfordern. Dieser bestimmt sich nach einer angemessenen Regelung, die der Richter regelmäßig aus dem Vertrage wird entnehmen können. Sofern diese Regelungen jedoch nicht der sachlichen Richtigkeit entsprechen, muß der Richter sie wie in den Fällen der anderen Vertragsfehler nach den dort gefundenen Richtlinien abändern. Ein Gutgläubensschutz zu Lasten des Minderjährigen kommt dabei mit Rücksicht auf seine besondere Schutzstellung nicht in Betracht. Aus dem gleichen Grunde erscheint auch zur Geltendmachung des Vertragsfehlers eine Klage nicht zumutbar. Sie ist im übrigen wegen der Eindeutigkeit der Rechtslage zum Schutze der Mitgesellschafter nicht erforderlich.

Da durch die Ausübung des Wahlrechts für den Minderjährigen

1) Höltzcke, S. 109.

gesellschaftsrechtliche Rechte und Pflichten nachträglich entstehen oder verloren gehen können, wird man zu seinem Schutze für die Ausübung durch den gesetzlichen Vertreter in analoger Anwendung des § 1822 Nr.3 BGB eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangen müssen. Die Ausübung des Wahlrechts geht insoweit in ihrer Bedeutung über die bloße Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses hinaus, so daß nicht nur die Ordnungsvorschrift des § 1823 BGB eingreift.

Bei der Gewährung dieses Rechtes handelt es sich darum, dem Minderjährigen eine Art Auseinandersetzung zu ermöglichen, die nur deshalb nicht ohne weiteres angewendet werden kann, weil es die Schutzinteressen gerade des Minderjährigen nicht als einzige Lösung zulassen. Auf diesen generell notwendigen Schutz muß der Minderjährige aber im konkreten Fall verzichten können, wenn die Gesellschaft durch seine kapitalmäßige oder arbeitsmäßige Mitwirkung Gewinn gemacht hat.

Der Einwand Nipperdeys, auf diese Weise würde der Minderjährige, ohne am Risiko beteiligt gewesen zu sein, den Mitgesellschaftern einen Teil des Gewinns nehmen, ist dabei nicht durchschlagend. Auch bei den Verkehrsgeschäften hat der gesetzliche Vertreter die Möglichkeit, den bereits abgewickelten Teil des Geschäfts -oft das ganze Geschäft- zu überschauen und danach zu entscheiden, ob er das Geschäft genehmigt oder nicht. Nach der Wertung unseres Gesetzes hat der Geschäftspartner, der, ohne die erforderliche Genehmigung abzuwarten, mit einem nicht voll Geschäftsfähigen abschließt, insofern immer allein das Risiko des Geschäfts zu tragen. Wenn dieses Ergebnis aber kraft Gesetzes für die Verkehrsgeschäfte immer gilt, so kann es keinen Einwand gegen die unter gleicher Wertung der Interessen der Beteiligten entwickelte gesellschaftsrechtliche Sonderlösung unserer Fälle bilden, die in ihrer Struktur die gleichen Interessenkonflikte aufweisen wie die Verkehrsgeschäfte.

Wählt der gesetzliche Vertreter nicht die gesellschaftsrechtliche Sonderlösung, sondern macht er Eigentums-, Bereicherungs- und Arbeitsvergütungsansprüche geltend, so findet auf die Rechtsbeziehungen des Minderjährigen zu den Mitbeteiligten kein Gesellschaftsrecht Anwendung, die anderen aber bilden untereinander nach heute allgemein

herrschender Ansicht eine sogenannte "faktische Restgesellschaft", sofern die Restgesellschaftler nach § 139 BGB nicht überhaupt eine fehlerfreie Gesellschaft bilden. Auch nach unserer Auffassung kann das Verhältnis der restlichen Beteiligten als gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anerkannt werden. Zur Geltendmachung des Vertragsfehlers reicht auch hier wegen der regelmäßig bestehenden Eindeutigkeit der Rechtslage die Geltendmachung des Vertragsfehlers gegenüber den Mitgesellschaftern aus. Die angemessene Regelung für die Abwicklung wird der Richter regelmäßig aus dem Vertrage entnehmen, allerdings mit der Einschränkung, daß eventuell einzelne Regelungen nach dem Gesichtspunkt korrigiert werden müssen, daß der Minderjährige nicht zur Gesellschaft gehört, sondern feste Rückforderungs- und Vergütungsansprüche geltend macht. Ist etwa ein Gesellschafter nur im Vertrauen darauf und als Kompensation dafür seine Verpflichtung eingegangen, daß der Minderjährige eine andere Verpflichtung eingeht, die nun nicht gilt und auch nicht erfüllt wurde, so muß auch die Verpflichtung des Mitgesellschafters abgeändert oder als nicht bestehend angesehen werden.

Im übrigen kann auch unter den Restgesellschaftlern das Ausmaß der einzelnen Ansprüche und Verpflichtungen durch den Umstand beeinträchtigt werden, daß ein Gesellschafter den Vertragsfehler, insbesondere die Verweigerung der Genehmigung, kannte oder nicht kannte, hätte erkennen müssen oder nicht hätte erkennen müssen.

c) Zusammenfassung:

1. Hat sich ein nicht voll Geschäftsfähiger ohne die erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts an einer Gesellschaft beteiligt und macht er den Vertragsfehler geltend, so kann er wählen, ob ervindiktations-, Bereicherungs- und Arbeitsvergütungsansprüche geltend machen will oder ob er an einer Abwicklung nach den allgemeinen Richtlinien einer gesellschaftsrechtlichen Sonderlösung teilnehmen will. Zur Geltendmachung des Vertragsfehlers ist keine Klage erforderlich.

2. Will sich der nicht voll Geschäftsfähige nicht nach Gesellschaftsrecht behandeln lassen, so kann er seine Einlage vindizieren bzw., sofern sie nicht mehr verfügbar ist, Bereicherungsansprüche geltend machen. Der Bereicherungsanspruch betrifft auch die Nutzungen, d.h. er umfaßt einen Anspruch auf Zinsen bzw. angemessene Nutzungsentschädigung. Geleistete Arbeit ist angemessen zu vergüten.
Das Verhältnis der restlichen Mitbeteiligten ist als berichtigungsbedürftiges gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis anzusehen.
3. Wählt der nicht voll Geschäftsfähige für sein Verhältnis zu den Mitgesellschaftern die gesellschaftsrechtliche Sonderlösung, so wird das Rechtsverhältnis im ganzen nach einer angemessenen Regelung abgewickelt, die der Richter regelmäßig aus dem fehlerhaften Vertrage entnehmen kann. Ein Gutgläubenschutz zu Lasten des Minderjährigen kommt dabei nicht in Betracht.
4. Zur Ausübung des Wahlrechts bedarf der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Lebenslauf

Am 17. September 1935 wurde ich als Sohn des Studienrats Willi Beckmann und seiner Ehefrau Luise, geborene Fischer in Herford in Westfalen geboren.

Ich bin in Bielefeld aufgewachsen. Ich besuchte dort vier Jahre lang die Volksschule und anschließend den altsprachlichen Zweig des Gymnasiums. Ostern 1955 bestand ich die Reifeprüfung.

Im Anschluß daran studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar ein Semester in Kiel, zwei Semester in Freiburg im Breisgau, ein Semester in Paris und vier Semester in Bonn. Im Oktober 1959 bestand ich in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Nach dem Examen heiratete ich und wohne seitdem in Düsseldorf. Im November 1959 wurde ich in den juristischen Vorbereitungsdienst eingestellt.

